**José Peña Solis**

Abogado summa cum laude, Doctor en Derecho y
Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela

# LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Estudios Jurídicos Nº10
Caracas / Venezuela / 2005

**José Peña Solís**

**Abogado summa cum laude, Doctor en Derecho y**
**Profesor Titular de la Universidad Central de Venezuela**

# LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA

**Colección de Estudios Jurídicos**
**Tribunal Supremo de Justicia**
**Caracas/Venezuela/2005**

**KHW 3230**
**P3973**

**Peña Solís, José**
**La potestad sancionatoria de la administración pública venezolana / José Peña Solís. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2005.**

**480 p. - (Colección de Estudios Jurídicos, Nº 10)**

**1. Potestad administrativa. 2. Sanciones (Derecho administrativo). 3. Procedimiento administrativo. 4. Administración pública - Venezuela.**

**El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable de las ideas expresadas por el autor**

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
**Colección de Estudios Jurídicos Nº 10**
**Fernando Parra Aranguren, Director**

Depósito Legal lf:
ISBN:
Deposito Legal lf:
ISBN:

## TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

### SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
*Presidente del Tribunal y de la Sala*
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
*Vicepresidente de la Sala*
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz
Dr. Francisco Carrasquero López
Dr. Luis Velázquez Alvaray
Dra. Luisa Estela Morales Lamuño

### SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
*Segundo Vicepresidente del Tribunal y Presidente de la Sala*
Dr. Hadel Mostafá Paolini
*Vicepresidente de la Sala*
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero
Dr. Emiro García Rosas
Dra. Evelyn Marrero Ortiz

### SALA ELECTORAL

Dr. Luis Martínez Hernández
*Presidente de la Sala*
Dr. Rafael Arístides Rengifo Camacaro
*Vicepresidente de la Sala*
Dr. Luis Alfredo Sucre Cuba
Dr. Fernando Ramón Vegas Torrealba
Dr. Juan José Núñez Calderón

### SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Carlos Oberto Vélez
*Presidente de la Sala*
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
*Vicepresidente de la Sala*
Dr. Luis Ortiz Hernández
Dra. Yris Peña de Andueza
Dra. Isbelia Pérez de Caballero

### SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
*Presidente de la Sala*
Dra. Blanca Rosa Mármol de León
*Vicepresidente de la Sala*
Dr. Eladio Aponte Aponte
Dra. Deyanira Nieves Bastidas
Dr. Héctor Manuel Coronado Flores

### SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
*Primer Vicepresidente del Tribunal* y *Presidente de la Sala*
Dr. Juan Rafael Perdomo
*Vicepresidente de la Sala*
Dr. Alfonso Valbuena Cordero
Dr. Luis Franceschi Gutiérrez
Dra. Carmen Porras Escalante

# Palabras Preliminares

En 1999, siendo Presidente de la Corte Suprema de Justicia y de su Sala de Casación Penal, la Asamblea Nacional Constituyente me designó Magistrado de la recién creada Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y, con tal condición, fui designado Presidente de la Sala y del más alto Tribunal de la República. Por esta razón, me correspondió presentar el **Manual de Derecho Administrativo,** *Adaptado a la Constitución de 1999*, Volumen Primero, del para esa fecha, Magistrado Presidente de la Sala Electoral, doctor José Peña Solís, del cual se han hecho varias reimpresiones, con un total de seis mil quinientos ejemplares, con el sello editorial de la *Fundación Gaceta Forense*, en cumplimiento de la nueva misión que le asignó la Junta Directiva. Luego de cinco años en el ejercicio de estos dos últimos cargos, al pensar seriamente en la posibilidad de jubilarme, luego de veinticinco años en la Administración Pública, la mayoría de ellos en el Poder Judicial, ¡feliz coincidencia!, debo presentar, con igual carácter, un nuevo libro del Profesor José Peña Solís, **La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana**.

Entre estos dos libros, la *Fundación Gaceta Forense* ha difundido más de ochenta obras, entre las cuales destacan otras tres de la autoría del doctor José Peña Solís: el **Manual de Derecho Administrativo**, *Adaptado a la Constitución de 1999 y a la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001*, Volumen Segundo (Caracas, 2001); el **Régimen de Formulación de Reparos** *en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal* (Caracas, 2002); y el **Manual de Derecho Administrativo**: *La Actividad de la Administración Pública: de Policía Ad-*

*ministrativa, de Servicio Público, de Fomento y de Gestión Económica*, Volumen Tercero (Caracas, 2003), con un tiraje de cinco mil, un mil y dos mil quinientos ejemplares, en su orden.

Al presentar la última obra mencionada señalé –en concepto que hoy ratifico– que las obras del Profesor José Peña Solís "son el resultado de una labor en solitario, carente, además, de contenido económico para el autor, por haber cedido los derechos correspondientes a la *Fundación Gaceta Forense*, como su contribución personal para la mejor preparación profesional de quienes integran el mundo de las leyes: jueces, abogados y estudiantes". En aquella oportunidad, en palabras que también revalido, expresé la pública gratitud del Tribunal Supremo de Justicia al Magistrado Emérito, José Peña Solís, por su gesto.

La señalada coincidencia me da la oportunidad para valorar la decisión adoptada por la Junta Directiva del Tribunal en el año 2000, al asignarle nuevas funciones a la *Fundación Gaceta Forense* y encargar de su ejecución al doctor Fernando Parra Aranguren, pues transcurridos un poco más de cinco años, el proyecto diseñado y ejecutado ha sido muy exitoso, al punto que hoy por hoy puede afirmarse que es una de las mayores editoriales jurídicas del país, que armoniza el aspecto comercial de autofinanciarse con un interés propio de la Administración Pública, concretizado en la publicación de un conjunto de valiosas obras jurídicas de jóvenes profesionales, que medidas exclusivamente por la variable comercial, probablemente nunca hubiesen sido conocidas y apreciadas por la comunidad jurídica venezolana.

En esta labor ha prevalecido, además, el criterio de reducir al máximo, sin sacrificar el autofinanciamiento, el costo de los libros publicados, lo que también permite afirmar que hoy por hoy son de los más económicos del mercado. Estas reflexiones vienen al caso, primero, para salirle al paso a la tesis que niega *a priori* la eficacia y eficiencia de todo proyecto emprendido por la Administración Pública, y segundo, para formular votos porque la *Fundación Gaceta Forense* continúe realizando su encomiable misión.

La monografía que hoy presenta el Profesor Peña Solís aborda un tema complejo y delicado –la potestad sancionatoria de la Administración Pública– pues, como lo señala, ella implica una ruptura del principio de separación de poderes. Es, sin embargo, añado yo, un quiebre necesario en el marco de un Estado social y democrático de derecho. En cuatro capítulos, el autor trata, en forma didáctica, pero también crítica, los ejes fundamentales que sustentan la potestad estudiada, mediante su acostumbrada metodología, consistente en

delinear un amplio marco teórico, para luego realizar una especie de disección de los lineamientos que lo conforman, con miras a verificar si encuentran aplicación en el ordenamiento jurídico venezolano.

Esta obra viene a llenar un vacío en la literatura jurídica venezolana: aun cuando se habían escrito varios e importantes libros en materia sancionatoria, todos ellos se han limitado a la potestad punitiva penal, con excepción del excelente estudio del Maestro Tulio Chiossone, **Sanciones en Derecho Administrativo**, Caracas 1973, de carácter parcial por estar limitada al estudio de las sanciones administrativas, amén de haber sido afectado significativamente no sólo por el decurso del tiempo sino por la extraordinaria evolución de esa rama jurídica en los últimos tiempos. La monografía del doctor José Peña Solís presenta un estudio integral de la potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana: el primero de sus capítulos identifica los rasgos generales de dicha potestad y examina muestralmente su evolución legislativa desde 1830 a 2004; el segundo, estudia las garantías derivadas del principio de legalidad sancionatorio; el siguiente, las sanciones administrativas; y el último, el procedimiento sancionatorio.

Para concluir, reitero mis felicitaciones al Magistrado Emérito y Profesor doctor José Peña Solís por su excelente trabajo, exhorto a la *Fundación Gaceta Forense* a que continúe con la excelente divulgación del conocimiento jurídico venezolano y espero que la comunidad jurídica nacional reciba esta nueva obra con el mismo beneplácito con que ha acogido las anteriores.

Caracas, 18 de enero de 2005

*Iván Rincón Urdaneta*

# TABLA DE CONTENIDO

**INTRODUCCIÓN** ..... **19**

**CAPÍTULO I. RASGOS GENERALES DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA** ..... **25**

1.1. **Premisa introductoria (La dimensión desmedida del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa en Venezuela)**. 1.2. **Breve excursus histórico sobre la potestad sancionatoria**. 1.3. **La evolución de la potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana: hipótesis sobre el paralelismo de su ejercicio por los Tribunales y la Administración Pública venezolanos, a partir del análisis de algunos instrumentos jurídicos del siglo XIX y del siglo XX.** 1.3.1. Análisis de los instrumentos normativos del siglo XIX. 1.3.2. Análisis de los instrumentos normativos del siglo XX. 1.4. **La delimitación conceptual de los términos implicados en el trabajo.** 1.4.1. Fundamento de la potestad sancionatoria de la Administración. 1.4.1.1. La vinculación del fundamento de la potestad sancionatoria administrativa al "ius puniendi" único del Estado. 1.4.1.2. La tesis de la "mixtificación" de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y sus eventuales consecuencias. 1.4.2. Justificación de la potestad sancionatoria de la Administración Pública. 1.4.3. La constitucionalización de la potestad sancionatoria de la Administración Pública. 1.4.3.1. Antecedentes: La legitimación jurisprudencial de la potestad sancionatoria de la Administración. 1.4.3.2. La norma constitucional y su iter constitu-

yente. 1.4.3.2.1. Las “discusiones” en el seno de la Constituyente. 1.4.3.2.2. Alcance del artículo 49, num. 6, constitucional. 1.4.3.2.3. El desarrollo en el propio texto constitucional del postulado general sobre la potestad sancionatoria administrativa. 1.4.3.3. La potestad sancionatoria de la Administración sujeta al control del Poder Judicial. 1.4.3.4. La titularidad de la potestad sancionatoria administrativa. 1.4.3.5. Una aproximación a la definición de la potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana.

**CAPÍTULO II. LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIO ..... 75**

2.1**. Premisa introductoria (garantía material y garantía formal).** 2.2. **La garantía material: tipicidad o tipificación.** 2.2.1. **La ley previa (lex previa).** 2.2.1.1. Planteamiento general. 2.2.1.2. La ley previa y la retroactividad e irretroactividad de las normas sancionatorias. 2.2.1.2.1. La irretroactividad de las normas sancionatorias desfavorables. 2.2.1.2.1.1. El principio general derivado de la Constitución. 2.2.1.2.1.2. Algunos ejemplos de situaciones problemáticas relativas a la aplicación del principio general. 2.2.1.2.2. La retroactividad de las normas sancionatorias favorables. 2.2.1.2.2.1. El principio general derivado de la Constitución y del artículo 2 del Código Penal. 2.2.1.2.2.2. Aplicación total o parcial del principio en el ámbito administrativo (incidencia sobre el procedimiento o sobre la sanción). 2.2.1.2.2.3. Carácter global de la aplicación de la retroactividad in bonus. 2.2.1.2.2.4. La prohibición de la aplicación analógica de las normas sancionatorias. 2.2.2**. La ley cierta (lex certa)**. 2.2.2.1. Planteamiento general. 2.2.2.2. La certeza exigida a la norma (los grados máximo y medio de certeza). 2.2.2.3. La tesis de la “matización” del principio de legalidad sancionatorio en la esfera administrativa. 2.2.2.3.1. Planteamiento introductorio. 2.2.2.3.2. Resumen de la tesis sobre la “matización” y su incidencia sobre la garantía de la “ley cierta”. 2.2.2.3.3. La recepción de la tesis de la “matización” por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 2.2.2.3.3.1. La primera dimensión de la “matización”. 2.2.2.3.3.2. La última dimensión de la matización. 2.2.2.3.3.2.1. La sentencia del 29 de abril de 2003 (impugnación de los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica del Ministerio Público). 2.2.2.3.3.2.2. La sentencia del 30 de marzo de 2004 (acción de nulidad contra el artículo 91, num 29, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema

Nacional de Control Fiscal). 2.3. **La garantía formal: reserva legal o principio de legalidad**. 2.3.1. Una aclaratoria necesaria: principio de legalidad y reserva legal en materia sancionatoria. 2.3.2. La garantía de la reserva legal. 2.3.2.1. La reserva legal en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa. 2.3.2.2. La "matización" de la garantía de la reserva legal. 2.3.2.3. Requisitos que deben cumplirse en la flexibilización de la garantía de la reserva legal. 2.3.2.4. Las denominadas normas en blanco. 2.3.2.5. La matización de la garantía de la reserva legal conforme a la doctrina jurisprudencial venezolana. 2.3.2.5.1. Las modalidades que puede adoptar la infracción de la reserva legal. 2.3.2.5.2. La doctrina de la Sala Constitucional: evolución o involución?. 2.3.2.5.2.1. La tesis moderna sobre la colaboración reglamentaria (límites y normas en blanco). 2.3.2.5.2.2. La involución en materia de colaboración o complementación reglamentaria: validez de las normas en blanco. 2.3.2.5.2.3. La doctrina de la Sala Político Administrativa del TSJ sobre la exigencia de la garantía de la reserva legal. 2.3.2.5.2.3.1. La razón que nos conduce a examinar la doctrina de la Sala Político Administrativa del TSJ. 2.3.2.5.2.3.2. La sentencia del 27 de marzo de 2001 de la Sala Político Administrativa del TSJ sobre la constitucionalidad del Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6 de la Fuerza Armada Nacional. 2.3.2.5.2.3.3. La sentencia del 26 de junio de 2001 de la Sala Político Administrativa, sobre la constitucionalidad del Reglamento de Régimen Disciplinario del extinto Cuerpo de Policía Judicial, de 1965. 2.3.2.6. Las relaciones de sujeción especial o relaciones de supremacía especial y la garantía de la reserva legal. 2.3.2.6.1. Premisa introductoria (relaciones de supremacía general versus relaciones de supremacía especial). 2.3.2.6.2. Los grados de afectación de la garantía de la reserva legal en las relaciones de supremacía especial. 2.3.2.6.3. El ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa en Venezuela, en el marco de las relaciones de supremacía especial y la garantía de la reserva legal. 2.3.2.6.3.1. La inexistencia de un marco general jurisprudencial, normativo o doctrinario sobre las relaciones de supremacía especial y la exigencia de la reserva legal. 2.3.2.6.3.2. Las situaciones fácticas que denotan la existencia de un vínculo entre las relaciones de supremacía especial y la reserva legal. 2.3.2.6.3.2.1. En el orden normativo. 2.3.2.6.3.2.2. En el orden jurisprudencial. 2.3.2.6.3.2.3. La tesis ajustada a la Constitución. 2.3.2.6.3.2.4. A título de reflexiones finales sobre la garantía de la reserva legal implicada en el principio de legalidad sancionatorio en Venezuela. 2.3.2.7. Otros

principios básicos asociados al principio de legalidad sancionatorio. 2.3.2.7.1. **El principio de culpabilidad**. 2.3.2.7.1.1. Premisa introductoria. 2.3.2.7.1.2. El planteamiento sobre la culpabilidad en el ámbito de la potestad sancionatoria de la Administración Pública. 2.3.2.7.1.3. El fundamento constitucional del principio de culpabilidad. 2.3.2.7.1.4. Algunos ejemplos en la legislación venezolana. 2.3.2.7.2. **La solidaridad.** 2.3.2.7.2.1. Planteamiento general. 2.3.2.7.2.2. Las tesis contrapuestas sobre la solidaridad. 2.3.2.7.2.3. La solidaridad en el ordenamiento jurídico venezolano. 2.3.2.7.3. **La culpabilidad y las personas jurídicas.** 2.3.2.7.3.1. Planteamiento general. 2.3.2.7.3.2. La imputabilidad de las personas jurídicas en Venezuela. 2.3.2.7.4. **El principio de proporcionalidad**. 2.3.2.7.4.1. Fundamentación conceptual. 2.3.2.7.4.2. El principio de proporcionalidad en Venezuela. 2.3.2.7.4.2.1. Planteamiento general y la postura jurisprudencial sobre el principio de proporcionalidad. 2.3.2.7.4.2.2. El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal que tipifica un cúmulo de sanciones (principal y accesorias) y el principio de proporcionalidad. 2.3.2.7.4.2.2.1. Planteamiento del asunto. 2.3.2.7.4.2.2.2. El principio de proporcionalidad como límite de la función legislativa. 2.3.2.7.4.2.2.3. La incompatibilidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF, con el principio de proporcionalidad, desde la perspectiva cualitativa y cuantitativa. 2.3.2.7.4.2.2.4. Las acciones de los administrados frente a la incompatibilidad constitucional del artículo 105 de la LOCGRSNCF. 2.3.2.7.5. **El principio (derecho) de la presunción de inocencia**. 2.3.2.7.5.1. ¿Derecho o principio?. 2.3.2.7.5.2. El derecho de la presunción de inocencia desde el punto de vista funcional. 2.3.2.7.5.3. El derecho de la presunción de inocencia en Venezuela. 2.3.2.7.5.3.1. La situación preconstitucional. 2.3.2.7.5.3.2. La situación después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999. 2.3.2.7.5.3.2.1. El derecho de la presunción de inocencia en el marco del derecho al debido proceso (art. 49 constitucional). 2.3.2.7.5.3.2.2. La regulación constitucional (art. 49, num 2) y la regulación legal (art. 8 del Código Orgánico Procesal Penal). 2.3.2.7.5.3.2.3. El derecho de la presunción de inocencia en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. 2.3.2.7.5.3.2.3.1. Los lineamientos generales derivados de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional. 2.3.2.7.5.3.2.3.2. Una visión crítica de los lineamientos jurisprudenciales. 2.3.2.7.5.3.3. La presunción de inocencia y la carga de impugnar y la carga de probar. 2.3.2.7.6. **El principio del non bis in ídem.**

2.3.2.7.6.1. La autonomía de las potestades punitivas penales y administrativas y el non bis in ídem. 2.3.2.7.6.2. El fundamento del non bis in ídem. 2.3.2.7.6.3. La dimensión sustantiva y adjetiva del non bis in ídem. 2.3.2.7.6.4. El principio del non bis in ídem en el ámbito exclusivamente administrativo. 2.3.2.7.6.5. El principio del non bis in ídem en el ámbito penal y administrativo (sanciones penales y administrativas). 2.3.2.7.6.6. Las excepciones al principio del non bis in ídem (las relaciones de supremacía especial). 2.3.2.7.6.7. El principio del non bis in ídem en Venezuela. 2.3.2.7.6.7.1. La indeterminación jurisprudencial y doctrinaria durante la vigencia de la Constitución de 1961. 2.3.2.7.6.7.2. El principio del non bis in ídem a la luz de la Constitución de 1999. 2.3.2.7.6.7.2.1. El panorama normativo. 2.3.2.7.6.7.2.2. El panorama jurisprudencial. 2.3.2.7.6.7.2.3. Análisis del panorama jurisprudencial, derivado de los fallos transcritos. 2.3.2.7.6.7.2.4. Nuestra posición acerca del non bis in ídem a la luz de la Constitución de 1999. 2.3.2.7.6.7.2.4.1. La naturaleza y alcance del artículo 49, numeral 7, de la Constitución, consagratorio del non bis in ídem. 2.3.2.7.6.7.2.4.2. El alcance del non bis in ídem, según el artículo 49, numeral 7, de la Constitución. 2.3.2.7.6.7.2.4.3. La regla de aplicación del principio non bis in ídem (matices). 2.3.2.7.6.7.2.4.4. Las relaciones de supremacía especial y las excepciones al principio del non bis in ídem. 2.3.2.7.7. **El principio de prescripción**. 2.3.2.7.7.1. Planteamiento general. 2.3.2.7.7.2. La prescripción en el marco de la potestad sancionatoria administrativa. 2.3.2.7.7.3. La prescripción y la perención en el marco del procedimiento administrativo sancionador. 2.3.2.7.7.4. El Principio de prescripción en Venezuela. 2.3.2.7.7.4.1. La situación anterior a la Constitución de 1999. 2.3.2.7.7.4.2. La situación posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999. 2.3.2.7.7.4.2.1. El panorama normativo. 2.3.2.7.7.4.2.1.1. Planteamiento general. 2.3.2.7.7.4.2.1.2. Las características de la regulación de la prescripción de las sanciones e infracciones en las leyes examinadas. Posibles soluciones. 2.3.2.7.7.4.2.1.2.1. ¿Prescripción de las infracciones o de las sanciones, o de ambas?. 2.3.2.7.7.4.2.1.2.2. El "dies a quo" o fecha de inicio del lapso de prescripción. 2.3.2.7.7.4.2.1.2.3. La interrupción de la prescripción de las infracciones y sanciones, y la reanudación del plazo de prescripción. 2.3.2.7.7.4.2.1.3. **La perención del procedimiento sancionatorio**. 2.3.2.7.7.4.2.1.4. Norma que debe aplicarse analógicamente para cubrir los vacíos en la gran mayoría de leyes pre y postconstitucionales, que no contemplan a la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas.

**CAPÍTULO III. LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS ..... 267**

3.1. **La noción de sanción**. 3.1.1. La noción original (sentido amplio). 3.1.2. La noción derivada (sentido restringido). 3.2. **La ubicación y definición de sanciones administrativas.** 3.3. **Análisis de la definición**. 3.3.1. El carácter aflictivo de la medida sancionatoria. 3.3.2. La autoridad estatal competente para imponer la sanción. 3.3.3. La necesidad de la incoación del debido procedimiento. 3.3.4. La necesidad de que se produzca una violación de una norma del ordenamiento jurídico, que constituya una infracción administrativa. 3.4. **Clasificación de las sanciones administrativas.** 3.4.1. El problema de la clasificación de las sanciones administrativas (sanciones aflictivas o represivas y sanciones reparatorias). 3.4.2. Una proposición de clasificación de las sanciones administrativas (pecuniarias, interdictivas y disciplinarias). 3.4.2.1. **Sanciones pecuniarias.** 3.4.2.1.1. Los principios de razonabilidad y no confiscación que presiden el establecimiento de la multa. 3.4.2.1.2. El difícil equilibrio en la fijación de la cuantía de la multa en función de los principios de no rentabilidad y no confiscación. 3.4.2.1.3. La diferencia entre la sanción pecuniaria de multa, y la "multa coercitiva". 3.4.2.2. **Las sanciones interdictivas o prohibitivas**. 3.4.2.2.1. La inclusión de las denominadas "reparatorias" en la categoría de las sanciones interdictivas. 3.4.2.2.2. La técnica legislativa utilizada en el establecimiento de las sanciones administrativas interdictivas. 3.4.2.3. **Las sanciones disciplinarias.** 3.4.2.3.1. Excursus introductorio. 3.4.2.3.2. Definición y ámbito subjetivo de las sanciones disciplinarias. 3.4.2.3.3. Características de las sanciones disciplinarias. 3.4.2.3.4. Clasificación de las sanciones disciplinarias. 3.4.3. **Las sanciones administrativas accesorias.** 3.4.3.1. Premisa introductoria. 3.4.3.2. La sanción accesoria del comiso de los materiales e instrumentos utilizados para cometer la infracción. 3.4.4. Las sanciones administrativas y la responsabilidad civil. 3.4.5. La prohibición del establecimiento de sanciones administrativas de carácter corporal o privativas de la libertad. 3.5. **Los principios de las sanciones administrativas**. 3.6. **La autotutela y la ejecutividad de la sanción.** 3.6.1. Planteamiento del problema. 3.6.2. Las tesis en pro y en contra de la suspensión automática de los efectos de los actos sancionatorios. 3.7. **El régimen de las sanciones administrativas en Venezuela**. 3.7.1. Planteamiento metodológico. 3.7.2. El alcance del concepto de sanción administrativa en el ordenamiento venezolano. 3.7.2.1. La variable nulidad para determinar el alcance del concepto

de sanción administrativa. 3.7.2.2. El predominio del concepto restringido de sanción administrativa. 3.7.3. La clasificación de las sanciones administrativas. 3.7.3.1. **Las sanciones pecuniarias**. 3.7.3.1.1. Criterios para fijar la cuantía de la multa. 3.7.3.1.2. La interdicción de la confiscación en la fijación de la cuantía de la multa (art. 116 y 317 constitucionales). 3.7.3.1.2.1. Las bases constitucionales de la prohibición. 3.7.3.1.2.2. La necesidad de contextualizar la prohibición. 3.7.3.1.2.3. La prohibición de la confiscación en las leyes que integran la muestra. 3.7.3.1.3. **La multa coercitiva.** 3.7.3.2. **Las sanciones interdictivas**. 3.7.3.2.1. Las distintas modalidades de sanciones interdictivas. 3.7.3.2.1.1. Inhabilitaciones para el ejercicio de la función pública en general, o determinado cargo público. 3.7.3.2.1.2. Inhabilitación temporal para ejercer actividades en el ámbito privado. 3.7.3.2.1.3. Cierre de establecimientos o cese de actividades en el ámbito del ejercicio de derechos económicos. 3.7.3.2.1.4. La modalidad interdictiva de las reparatorias. 3.7.3.2.1.5. La modalidad interdictiva de las indemnizatorias y la responsabilidad civil. 3.7.3.2.1.6. La posible modalidad interdictiva de las revocatorias de autorizaciones y concesiones. 3.7.3.2.1.7. El comiso como sanción interdictiva. 3.7.3.3. **Las sanciones disciplinarias**. 3.7.3.3.1. Clases de sanciones disciplinarias. 3.7.3.3.1.1. Sanciones correctivas o de orden. 3.7.3.3.1.2. Sanciones "expulsivas". 3.7.3.3.1.3. Observaciones sobre las líneas seguidas para el establecimiento de las sanciones disciplinarias en el ordenamiento jurídico venezolano. 3.7.3.3.1.3.1. La calificación de sanciones disciplinarias sin que medie una relación de supremacía especial entre el ente u órgano sancionador y el sancionado. 3.7.3.3.1.3.2. La ruptura del principio de la no traducibilidad de las sanciones económicas en valores económicos. 3.7.3.3.1.3.3. Sanciones disciplinarias no sustentadas en la relación de supremacía especial. 3.7.3.3.1.3.4. La prohibición de acumular una sanción disciplinaria a otra sanción disciplinaria. 3.7.3.4. **Las sanciones administrativas accesorias**. 3.7.4. **Las sanciones administrativas en Venezuela a la luz de los principios generales formulados por la doctrina.** 3.7.4.1. Premisa introductoria. 3.7.4.2. Principios a los cuales se ajusta la legislación sancionatoria administrativa. 3.7.4.2.1. Principio de legalidad de la sanción o "nulla poena sine lege". 3.7.4.2.2. El principio de taxatividad. 3.7.4.2.3. El principio de intransmisibilidad de obligaciones derivadas de las sanciones. 3.7.4.2.4. El principio de no acumulación de sanciones administrativas. 3.7.4.2.5. El principio de limitación de sanciones pecuniarias. 3.7.4.2.6. El principio de proporcionalidad. 3.7.4.3.

Principios de los que se distancia la legislación sancionatoria administrativa. 3.7.4.3.1. El principio de correlación numérica entre infracción y sanción. 3.7.4.3.2. El principio relativo a la interdicción de la Administración para optar entre imponer una sanción u otra. 3.7.5. **La ejecución de las sanciones administrativas.** 3.7.5.1. Premisa introductoria. 3.7.5.2. El examen del asunto a la luz del Derecho positivo. 3.7.5.2.1. La regla contenida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. 3.7.5.2.2. Las excepciones a la regla y análisis de las mismas (LPCU, COT Y LRESORTE) 3.7.5.2.3. Modalidades particulares de ejecución de las sanciones administrativas. 3.7.5.3. El examen del asunto a la luz de la jurisprudencia. 3.7.5.4. Análisis de la sentencia de la Sala Constitucional. 3.7.6. **El establecimiento de las sanciones corporales o privativas de la libertad en las leyes administrativas**. 3.7.6.1. El panorama normativo. 3.7.6.2. El panorama jurisprudencial. 3.7.6.3. Análisis crítico de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia. 3.7.6.3.1. Premisa introductoria. 3.7.6.3.2. Examen de los principales fundamentos de la sentencia.

**CAPÍTULO IV. EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO ..... 387**

4.1. **El procedimiento sancionatorio como una modalidad particular del procedimiento administrativo.** 4.1.1. Breve referencia al procedimiento administrativo. 4.1.1.1. Referencia histórica. 4.1.1.2. Referencia conceptual. 4.1.2. El procedimiento sancionatorio como una modalidad del procedimiento administrativo. 4.2. **Principio de legalidad procedimental o garantía del procedimiento sancionatorio.** 4.2.1. Garantía material y garantía formal. 4.2.2. Las garantías derivadas de la formulación normativa del procedimiento sancionatorio. 4.2.2.1. La prohibición de las "sanciones de plano". 4.2.2.2. La predeterminación del procedimiento. 4.2.2.3. La tendencia a exigir la separación entre los órganos encargados de las fases de instrucción y de decisión. 4.3**. La estructura del procedimiento sancionatorio.** 4.3.1. **La fase de iniciación**. 4.3.1.1. Las actuaciones previas. 4.3.1.2. Contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento (auto apertura). 4.3.2. **La fase de sustanciación o instrucción**. 4.3.2.1. Definición. 4.3.2.2. El derecho a la defensa. 4.3.2.2.1. La formulación de los alegatos frente al auto de apertura. 4.3.2.2.2. La negativa del investigado a declarar contra sí mismo y a confesar su culpabilidad como expresión pasiva del derecho a la defensa. 4.3.2.2.3. Las pruebas. 4.3.3. **La fase conclusiva o decisoria**. 4.3.3.1.

Definición. 4.3.3.2. Contenido de la decisión. 4.3.3.3. Impugnabilidad del acto sancionatorio. 4.4. **Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo sancionatorio.** 4.4.1. Premisa introductoria (síntesis del marco teórico). 4.4.2. El quiebre de la regla sobre la universalidad de las medidas cautelares en el marco del procedimiento sancionatorio. 4.4.3. La singularidad de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo sancionatorio. 4.4.4. Los requisitos que condicionan el ejercicio de la potestad cautelar de la Administración en el procedimiento sancionatorio. 4.4.4.1. El fumus boni iuris. 4.4.4.2. El periculum in mora. 4.4.4.3. La tipicidad de las medidas cautelares en el procedimiento sancionatorio administrativo. 4.4.4.4. La proporcionalidad de las medidas cautelares adoptadas en el curso del procedimiento sancionatorio administrativo. 4.5. **El procedimiento sancionatorio en Venezuela**. 4.5.1. **El panorama normativo (inexistencia de un procedimiento sancionatorio común).** 4.5.2. **La aplicación de las sanciones administrativas en el marco del panorama normativo vigente.** 4.5.2.1. La aplicación del procedimiento administrativo ordinario diseñado en la LOPA. 4.5.2.2. La aplicación de los procedimientos especiales previstos en las leyes sectoriales administrativas. 4.5.2.3. Leyes que no contemplan procedimientos sancionatorios especiales: ¿ aplicación principal o supletoria de la LOPA, o aplicación analógica de otras leyes?. 4.5.2.3.1. Las dificultades que confronta la aplicación por remisión de la LOPA. 4.5.2.3.2. La exclusión de la aplicación analógica de la LOPA, y la preferencia por la aplicación analógica de las leyes que prevén procedimientos sancionatorios especiales. 4.5.3**. El principio de legalidad procedimental.** 4.5.3.1. Contenido y vigencia del principio. 4.5.3.2. Las garantías en que se desagrega el principio. 4.5.3.2.1. La prohibición de las sanciones de plano. 4.5.3.2.1.1. La recepción de la garantía en el Derecho positivo y en la jurisprudencia. 4.5.3.2.1.2. La violación de la garantía del procedimiento previo por el artículo 105 de la LOCGRSNCF. 4.5.3.2.2. La predeterminación del procedimiento sancionatorio. 4.5.3.2.3. La pretendida garantía de la separación de los órganos de instrucción y de decisión en el procedimiento sancionatorio. 4.5.4. **La estructura del procedimiento sancionatorio.** 4.5.4.1. **La fase de iniciación**. 4.5.4.1.1. Modos de iniciar el procedimiento (de oficio, denuncia y requerimiento de ente o funcionario público). 4.5.4.1.2. El auto de apertura. 4.5.4.2. **La fase de instrucción o sustanciación.** 4.5.4.2.1. Los alegatos o alegaciones. 4.5.4.2.2. Las pruebas. 4.5.4.2.3. La negativa del investigado a declarar contra sí mismo y a declarar su

culpabilidad. 4.5.4.2.4. La asimetría de la fase de sustanciación en algunas leyes regulatorias de procedimientos sancionatorios administrativos. 4.5.4.3. **La fase conclusiva o de decisión.** 4.5.4.3.1. Los lineamientos generales derivados de las leyes de la muestra. 4.5.4.3.2. El contenido de la decisión. 4.5.4.3.3. La impugnación de la decisión sancionatoria. 4.5.5. **Las medidas cautelares en el procedimiento sancionatorio.** 4.5.5.1. Las leyes que establecen medidas cautelares, como un trámite del procedimiento sancionatorio. 4.5.5.2. Requisitos de procedencia. 4.5.5.3. La nominalidad o tipicidad de las medidas cautelares. 4.5.5.4. El trámite de la oposición. 4.5.5.5. Las medidas cautelares provisionalísimas.

# Introducción

Es bien conocida la influencia de las denominadas "Constituciones liberales burguesas" europeas, así como la norteamericana, de finales del siglo XVIII, sobre el constitucionalismo venezolano que se inicia tempranamente en el siguiente siglo, y particularmente el principio de separación de poderes, que como es sabido implicaba e implica una distribución de los poderes que durante el Estado absoluto concentraba el monarca, el cual en su formulación originaria significaba que a cada Poder correspondía el ejercicio de una función, en principio en forma monopólica. Así, al Parlamento la función legislativa, al Poder Ejecutivo, la función administrativa, y al Poder Judicial, **la función jurisdiccional**.

De modo, pues, que por ser el principio de separación de poderes uno de los ejes fundamentales que apuntala el nacimiento del Estado de derecho, casi todos los ordenamientos que responden a esa nueva forma de Estado, confieren el monopolio de la función jurisdiccional, de la cual indudablemente forma parte la potestad de sancionar a los ciudadanos, a los órganos del Poder Judicial. Por lo tanto, independientemente de la modalidad de la sanción, debía ser aplicada únicamente por los tribunales, excluyéndose, en consecuencia toda posibilidad de la intervención del Poder Ejecutivo o Administración en el ejercicio de esa actividad, o dicho en términos sencillos, pero categóricos, se configuraba una interdicción insuperable para la Administración Pública en materia sancionatoria.

Sin embargo, tal como ha sido demostrado por los autores europeos, si bien esas eran las consecuencias teóricas del modelo de Estado de derecho articulado en el principio de separación de poderes, y así quedaron recogidas en las Constituciones, no fue posible evitar que el denominado "poder de policía" de los monarcas del antiguo régimen, que les permitía aplicar sanciones para tutelar el "orden público", pasase a la nueva forma de Estado, la más de las veces "de hecho". Por supuesto, que la Administración hizo uso de dicha potestad, y pese a la vigencia del principio constitucional de separación de poderes, durante todo el siglo XIX y hasta mediados del XX, continuó haciéndolo, inclusive imponiendo sanciones "de plano", dentro de las cuales entraban las privativas de la libertad.

En fin, los autores concluyen que en algunos países de Europa, de hecho o implícitamente, durante más de siglo y medio, el ejercicio de la potestad sancionatoria o el *ius puniendi* del Estado, estuvo repartido entre el Poder Judicial y la Administración Pública, lo que obviamente constituía una ostensible ruptura del principio de separación de poderes.

Pues bien, un modelo similar, fue implantado en Venezuela, con las correspondientes particularidades, desde la Constitución de 1830. Ahora bien, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, dicho modelo se perfecciona, en virtud de que se divide definitivamente el *ius puniendi estatal*, correspondiéndole al Poder Judicial el ejercicio de la potestad sancionatoria penal y al Poder Ejecutivo el de la potestad sancionatoria administrativa, pues hasta esa fecha todavía los Tribunales, en muy pocos casos, imponían sanciones administrativas. Es necesario aclarar que la potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana durante ciento setenta años, pese a que aparecía recogida en textos de rango legal o sublegal, carecía de fundamentación constitucional, pues es constitucionalizada por primera vez en la Carta Magna de 1999.

Cabe señalar que hasta el año 1961 la potestad sancionatoria de la Administración era relativamente pequeña, porque pequeña era la estructura del aparato administrativo, pero una vez que éste comienza a crecer, en función de los cometidos propios de un Estado social y de derecho, se inicia un proceso acelerado de promulgación de leyes administrativas, cada una de las cuales, casi siempre contenía un capítulo destinado a regular exclusivamente a las sanciones administrativas. Ese proceso en los últimos cuarenta y cinco años no se ha detenido, antes por el contrario, se ha acelerado, con la particularidad de que pareciera privar en los legisladores, al sancionar este tipo leyes, el lema **"más y más graves sanciones"**.

Ese tipo de crecimiento orientado por el indicado lema, ha dado origen a una verdadera yuxtaposición de normas sancionatorias, por supuesto sin ninguna clase de lineamientos doctrinarios o jurisprudenciales, de la cual resulta la atribución de una potestad sancionatoria a la Administración Pública **exorbitante**, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, y lo que es más grave aún, en detrimento de las garantías formales y materiales derivadas del principio de legalidad sancionatorio, que necesariamente deben condicionar el ejercicio de esta potestad por parte de la Administración.

El carácter exorbitante en la perspectiva cuantitativa se evidencia de un análisis de las leyes administrativas vigentes en el país, el cual permite concluir que la gran mayoría de ellas contiene un capítulo destinado a regular las sanciones administrativas, cuya imposición se atribuye a múltiples titulares de órganos de la Administración Pública, verbigracia Ministros, Rectores de Universidades, Presidentes de Institutos Autónomos, Alcaldes, Gobernadores, Directores de Ministerios, etc. Por otro lado, últimamente se observa una tendencia a la acumulación de sanciones por una misma infracción, bien bajo la modalidad de principales, o de principales y de accesorias o complementarias.

El carácter exorbitante en la perspectiva cualitativa se evidencia también de un análisis de las leyes administrativas, del cual emerge la señalada tendencia a agravar de manera desproporcionada las sanciones que impone la Administración. Así por ejemplo, se faculta a la Contraloría General de la República, para que una vez declarada la responsabilidad administrativa de cualquier funcionario público, o ciudadano, imponga "de plano" la sanción de **inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un lapso de quince años**, la cual, como expresamos en el trabajo, es casi una especie de "muerte civil".

También las leyes administrativas contemplan sanciones que inhabilitan a los privados para el ejercicio de determinada actividad, como por ejemplo, la inhabilitación especial de las personas naturales por un lapso de cinco años, para participar en el capital, ser administradores o directivos de empresas de telecomunicaciones; e igualmente prevén el cierre de establecimientos o el cese de actividades en el ámbito del ejercicio de derechos económicos, verbigracia, **el cierre definitivo de establecimientos mediante los cuales se prestan servicios turísticos**.

En la modalidad de las pecuniarias se establecen multas hasta de **cincuenta mil unidades tributarias**, claramente confiscatorias; en la modalidad de las interdictivas se abre paso una tendencia que consiste en otorgarle implíci-

tamente carácter **vitalicio a** ciertas sanciones. Tal es el caso regulado en la Ley Orgánica de Seguridad Social, que establece la prohibición de por vida para ocupar la titularidad de los órganos en entes de dicho Sistema, a las personas a quienes la Contraloría General de la República le haya declarado la responsabilidad administrativa, y también en la modalidad interdictiva, se establece **la sanción de arresto por ocho y quince días**, aplicadas por cualquier juez de la República, y por los Presidentes del Tribunal Supremo de Justicia y de cada una de sus Salas, respectivamente.

Bastaría entonces armonizar las indicadas variables cuantitativa y cualitativa, para concluir en que indudablemente la Administración Pública tiene atribuida una potestad sancionatoria exorbitante; no obstante, quizás el calificativo no logre ser reflejado en toda su entera dimensión, si no se tiene en cuenta la inexistencia de un procedimiento sancionatorio común; y que por el contrario, en casi la mitad de las leyes son delineados procedimientos sancionatorios especiales, y en la otra mitad únicamente se establecen sanciones sin llegar a estatuir los procedimientos destinados a tramitar su aplicación. En fin, un panorama normativo confuso y caótico, porque no existe un verdadero hilo conductor en materia procedimental, al punto de que trámites tan fundamentales como el acto de apertura, en algunas leyes está previsto y en otras no, y en las que está contemplado los puntos básicos de coincidencia son mínimos, siendo mayores las diferencias y las contradicciones.

Ni que decir de las omisiones y errores en materia de tipificación de infracciones, los cuales en algunos casos emblemáticos, en lugar de ser corregidos por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, han sido lamentablemente "convalidados". En suma, las garantías formales y sustanciales inherentes al principio de legalidad sancionatorio, aparecen lesionadas tanto desde la perspectiva normativa, como desde la perspectiva jurisprudencial, recurriendo los Tribunales a la tesis de la "matización" de la aplicación de las referidas garantías, cuando la potestad es ejercida por la Administración, para justificar la referida lesión.

Hemos querido bosquejar en forma muy resumida la situación que actualmente presenta el ejercicio de la potestad sancionatoria por la Administración Pública venezolana, para a partir de ella referirnos al contenido de la presente monografía, el cual responde al análisis general que realizamos de dicha situación, con sentido didáctico, pero al mismo tiempo con sentido crítico, con la pretensión de siempre: abrir cauces para una discusión académica y científica que conduzca a redimensionar el anómalo ejercicio de la potestad sancionato-

ria administrativa, que redunde en beneficio de los intereses generales, pero igualmente de los derechos de los administrados. En ese orden de ideas, cabe señalar prima facie que el análisis demuestra la urgente necesidad de una ley que regule *in totum* la potestad sancionatoria de la Administración pública, tanto en lo concerniente a las garantías inherentes al principio de legalidad sancionatorio, como en lo concerniente a la denominada "garantía de procedimiento", y por supuesto que en la elaboración de esa ley, pueden llegar a jugar un papel relevante las reflexiones o conclusiones originadas en esa discusión.

Pues bien, diseñamos la estructura del trabajo atendiendo a la consecución del mencionado objetivo, articulándolo en cuatro capítulos, a saber: el primero denominado "**Rasgos Generales de la Potestad Sancionatoria de la Administración Pública venezolana**", el cual además del marco teórico de la monografía, contiene una revisión muestral de la evolución de la potestad estudiada, desde el año 1830 hasta el año 2004; el segundo denominado "**Las Garantías derivadas del Principio de Legalidad Sancionatorio**", el cual contiene un análisis que pretende ser exhaustivo a la luz del Derecho comparado, de la normación y de la jurisprudencia, de todas las garantías implicadas en el *nullum crimen sine lege* y en el *nulla poena sine lege*, desde luego, desde la perspectiva del Derecho Administrativo sancionador; el tercero denominado "**Las Sanciones Administrativas**", el cual además de los lineamientos generales sobre las sanciones administrativas, contiene un examen sobre el régimen jurídico de esa clase de sanciones en Venezuela; y el cuarto denominado "**El Procedimiento Sancionatorio**", el cual además de los lineamientos generales sobre el procedimiento administrativo general, contiene un análisis del régimen procedimental anómalo, por decir lo menos, vigente en Venezuela, para el ejercicio de la potestad sancionatoria.

En fin, la monografía aparece articulada en los tres pilares que sustentan a la potestad sancionatoria de la Administración Pública: Las garantías del principio de legalidad sancionatorio ( básicamente tipificación y reserva legal), las sanciones y el procedimiento.

Finalmente, sólo me resta reiterar mi deseo de que este trabajo sirva para abrir una discusión académica, cuyos resultados sirvan para incentivar la sanción de una ley que ponga fin a la *capitis deminutio* de los ciudadanos, frente a la inmensa potestad sancionatoria que hoy detenta la Administración Pública, que conduzca a la supresión definitiva de las sanciones corporales, de las multas confiscatorias, de las sanciones "de plano" y de las sanciones vitalicias, pero sobre todo que conduzca a morigerar la conducta, muchas veces

autoritaria y arbitraria de algunas autoridades administrativas, que se traduce en la amenaza pública de imponer "sanciones de plano" a los administrados, como ocurrió recientemente, con el requerimiento compulsivo, so pena de multa, a los compradores que no exhibieran en las puertas de los establecimientos comerciales las facturas, a los funcionarios del Seniat. Si este trabajo contribuye a la apertura de esa discusión, sin dudas que me sentiré gratificado como docente y como abogado.

Caracas, enero de 2005

# CAPÍTULO I

## RASGOS GENERALES DE LA POTESTAD SANCIONATORIA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA

1.1. **Premisa introductoria (La dimensión desmedida del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa en Venezuela**). En Venezuela, al igual que en la mayoría de los países del mundo, actualmente la Administración detenta un importantísimo poder sancionatorio, tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativa, el cual, dicho sea paso, no es meramente teórico, porque los ciudadanos tengan conocimiento de él como producto de lecturas de libros o de textos normativos, sino que ese conocimiento es esencialmente práctico, y sobre todo concreto, porque en mayor o menor grado lo "sufren", o se "topan" con dicho poder frecuentemente, bien en sus relaciones de sujeción especial con la Administración, o bien como simples ciudadanos que no pueden escapar al poder de sujeción general que detenta el Estado.

En efecto, a cada momento nos enfrentamos con expresiones concretas de ejercicio de ese poder en las más distintas situaciones, si se atiende al concepto de sanción como un mal infligido por la Administración a un administrado, por haber desarrollado una conducta ilegal. Así por ejemplo, no resulta extraño que las universidades públicas, actuando de conformidad con los denominados reglamentos internos de aranceles, decidan "multar" a un estudiante por acudir a la inscripción en una fecha posterior a la fijada, o el arresto hasta por quince días, que de conformidad con la novísima Ley

Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, están facultados para imponer los Presidentes de las Salas de ese Tribunal, y el propio Presidente del mismo, a los abogados y demás personas que "irrespeten al Poder Judicial, al propio Tribunal Supremo de Justicia o a sus órganos, funcionarios o empleados", o la revocación de la concesión o habilitación administrativa de una emisora radial, de una estación televisiva, o sencillamente la multa que de plano se le pretende imponer a los consumidores que al hacer sus compras no presenten a un fiscal del Seniat la factura correspondiente.

Así, se pueden mencionar otras modalidades de sanciones administrativas, tales como la de carácter accesorio contemplada en la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que consiste en la **inhabilitación hasta por quince años para ejercer cargos públicos**, impuesta de plano, por el Contralor General de la República, o en el ámbito de la función pública la amonestación escrita, la suspensión sin goce de sueldo y la destitución, o en el ámbito del Derecho económico, los cierres temporales, también de plano, de locales comerciales o industriales por el Seniat o por el Indecu, la intervención de las Cajas de Ahorro y la suspensión de sus directivos, la retención de vehículos, la suspensión de licencias y la revocación de las autorizaciones en general, la caducidad y revocación de las concesiones, el decomiso de bienes, y la resolución de contratos.

En el marco del Derecho urbanístico y de ordenación del territorio, las paralizaciones y demoliciones de obras, acompañadas de declaraciones de resarcimiento de los daños causados, y la inhabilitación para obtener autorizaciones para desarrollar actividades que impliquen ocupación del territorio; en el ámbito de la colegiación profesional, la suspensión temporal del ejercicio de la profesión y hasta la cancelación definitiva de la inscripción en el Colegio, que dicho sea de paso, es el acto que habilita para ejercer la profesión; en el ámbito del Derecho educativo, la pérdida del curso o la expulsión de las universidades hasta por un máximo de diez años, y así seguramente podrán mencionarse otras sanciones que normalmente aplican las autoridades administrativas venezolanas.

La anterior enumeración evidencia en forma parcial la relevancia cuantitativa de la potestad sancionatoria de la Administración, pues queda claro que dispone, según los casos, de un verdadero arsenal de sanciones para castigar a los administrados, pero quizás lo más importante de destacar, cuando se ubica el asunto en la perspectiva cuantitativa, es el hecho de que

actualmente casi no existe una ley administrativa que no contenga un conjunto de sanciones de esa naturaleza, razón por la cual resulta casi imposible para los ciudadanos conocer todas y cada una de las situaciones convertidas por el legislador en infracciones, a las cuales se aparejan las correspondientes sanciones, lo que no deja de atentar contra el principio de seguridad jurídica, aun cuando se admita la validez de la declaratoria contenida en el artículo 3 del Código Civil, relativo a que la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento.

En efecto, pensamos que esa declaración válida en el marco del liberalismo clásico, cuando las Administraciones Públicas tenían un tamaño reducido, porque sus cometidos, atendiendo a los postulados de la señalada doctrina eran también reducidos, al punto que llegó a calificarse a la Administración de abstencionista, amerita actualmente una revisión, o por lo menos una discusión, pues es obvio que la situación de la Administración Pública es radicalmente diferente, no sólo porque en el caso venezolano es fuertemente intervencionista, debido a que han sido poquísimos los procesos de privatización de entes públicos o estatales, sino porque en los últimos años se ha incrementado la creación de empresas públicas, y hasta de Ministerios, razón por la cual ha crecido en tamaño; y en consecuencia sus cometidos son cada vez más numerosos.

Pero además, es necesario reseñar la multiplicidad de administraciones públicas, o mejor de órganos administrativos, a nivel nacional, estadal y municipal, la mayoría de los cuales detentan competencia normativa, lo que les permitió, ante la ausencia de una norma constitucional hasta 1999 que regulase la potestad sancionatoria de la Administración Pública, dictar en algunas oportunidades, instrumentos, lógicamente, de rango sublegal, en los cuales tipificaban infracciones y establecían sanciones, sobre todo en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, y ello es lo que explica que en instituciones como las Universidades Públicas, se tipificaban infracciones y establecían sanciones, que como señalamos antes, llegan –porque todavía los reglamentos están vigentes– incluso hasta la expulsión de estudiantes hasta por un lapso de diez años.

De modo, pues, que si a la normativa sancionatoria contenida en la mayoría de las leyes administrativas, que cada día son más, debido al indicado intervencionismo de la Administración, se añade la contenida en esos instrumentos de rango sublegal, entonces el resultado revela una inflación normativa en materia sancionatoria anómala, inclusive cuando se

compara con otros países, en los cuales ciertamente la Administración tiene conferida una gran potestad sancionatoria, porque en primer lugar, su tamaño ha disminuido como producto de las privatizaciones, por tanto existen menos regulaciones administrativas sancionatorias; en segundo lugar, la potestad normativa sancionatoria en esos países está primordialmente concentrada en el Poder Nacional; y en tercer lugar, existe una tendencia a respetar el principio de la reserva legal, de tal manera que es posible afirmar en términos generales que la tipificación de infracciones, y el establecimiento de sanciones opera únicamente mediante normas de rango legal.

Con la argumentación anterior queremos poner en evidencia la anómala potestad sancionatoria, vista desde la perspectiva cuantitativa, que actualmente detenta la Administración venezolana, a los fines de justificar la necesidad de abrir una discusión sobre el citado principio decimonónico recogido en el artículo 3 del Código Civil, que postula que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, que permita por lo menos una reinterpretación, o que a partir del mismo, puedan otorgársele las máximas garantías posibles a los ciudadanos frente al ejercicio de esa potestad sancionatoria de la Administración Pública, casi incuantificable, y por ende, casi imposible de conocer por los ciudadanos. En ese orden de ideas, una garantía que tendería a equilibrar esa ecuación sería, por ejemplo, armonizar el citado dispositivo, con el derecho a la suspensión automática de la sanción, con la mera interposición del correspondiente recurso, administrativo o contencioso.

Por otro lado, esa tendencia de todo legislador o reglamentista venezolano a inflar los instrumentos normativos de normas administrativas sancionatorias, algunas de las cuales, muchas veces no guardan una verdadera congruencia con el logro de las finalidades específicas que se le asignan a las Administraciones, pues no hay que olvidar que de acuerdo con la concepción que priva en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia acerca del Derecho Administrativo Sancionador, la referida potestad se confiere a la Administración para garantizar, mediante ese medio represivo, que los particulares no obstaculicen o impidan el logro de esas finalidades, que por supuesto están íntimamente relacionadas, la más de las veces, con la satisfacción de necesidades colectivas.

Como consecuencia de esa inflación normativa la potestad sancionatoria de la Administración luce desproporcionada, si se compara con las otras, sobre todo si se tiene en cuenta su significativa incidencia sobre derechos fundamentales de los ciudadanos, a lo que se une la mayor o menor

carencia de garantías que se le otorgan a los administrados, frente al ejercicio de esa potestad administrativa, las cuales aparecen disminuidas, aun después de su consagración constitucional en 1999, pues como se examinará más adelante, las últimas sentencias de la Sala Constitucional en la materia evidencian, que acudiendo al argumento de la "matización" del principio de legalidad penal, esbozado en una perspectiva muy particular, parecieran atentar contra las reclamadas y necesarias garantías materiales y formales implicadas en toda actividad sancionatoria, al punto que el aludido dispositivo constitucional (art. 49, num. 6) puede llegar a ser desvirtuado en su núcleo esencial, perdiéndose de esa manera la especie de escudo protector que para los ciudadanos representan en otros países normas similares, frente a la enorme potestad en comento de la Administración Pública.

Por otro lado, el examen de la potestad desde la perspectiva cualitativa conduce a examinar las diversas modalidades de sanciones administrativas, sobre todo las de naturaleza pecuniaria, alguna de las cuales pueden, por su cuantía, llegar a revestir carácter confiscatorio, así como aquellas que afectan el derecho al estudio, como la nombrada expulsión por diez años, o el derecho a ejercer funciones públicas, como la inhabilitación para ejercer cargos públicos hasta por un máximo de quince años, que equivale casi a una "muerte civil", o aquellas que inciden en la libertad económica, como el cierre de plano de establecimientos comerciales, o la revocación de concesiones o habilitaciones administrativas que permiten el funcionamiento de estaciones de radio o de televisión, o en el campo del ejercicio profesional, la suspensión temporal del ejercicio profesional y cancelación de la inscripción en colegios profesionales. Y ni qué decir en el ámbito judicial, que como indicamos antes, resulta insólito que se haya revivido, frente a disposiciones categóricas de la Constitución de 1999, el viejo "poder de policía", que permite a los seis presidentes de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, imponer actuando, en sede administrativa, la pena corporal de arresto hasta por un lapso máximo de quince días.

Más aún, recientemente se nota la tendencia a establecer sanciones administrativas sobre otras sanciones administrativas, ya que de plano en forma velada, algunas leyes efectivamente añaden otra sanción a la ya cumplida por un funcionario público o un ciudadano. Es decir, que el supuesto de hecho o la tipificación en términos sancionatorios es haber cumplido una sanción administrativa anterior, con la particularidad que la añadida casi siempre es más grave que la primera, lo que origina situaciones verdaderamente aberrantes. Así por ejemplo, la declaratoria de responsabili-

dad administrativa por parte de la Contraloría General de la República, que lleva aparejada como sanción principal una multa, y como sanciones accesorias la destitución y la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por un lapso, como ya indicamos, hasta por quince años.

Pues bien, en la línea argumental que venimos desarrollando, a la luz del ordenamiento jurídico venezolano, puede darse la situación hipotética de que un funcionario público sea sancionado con la pena principal de multa, y las accesorias de destitución, e inhabilitación por siete años. Sin embargo, si ese funcionario que después de estar siete años inhabilitado pretendiera ser Superintendente de Seguridad Social o Tesorero de la Seguridad Social, nunca podría llegar a serlo, debido a que la Ley Orgánica de Seguridad Social lo convierte en un entredicho vitalicio, al establecer que no podrán ocupar dichos cargos, así como otros enumerados en ese texto legislativo, quienes hayan sido declarados responsables administrativamente por la Contraloría General de la República. Demás está señalar que existen otras leyes que contienen disposiciones similares, y en ese mismo orden de ideas, cuando el legislador se inscribe en ese afán sancionatorio, observamos que también ha recurrido a esta figura, pero erigiendo en supuesto de hecho el cumplimiento de una pena (sanción penal), por los ciudadanos.

Este ejemplo, queda claramente revelado en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Electoral de 2002, que prescribe: "Las Rectoras o los Rectores Electorales deben cumplir con los siguientes requisitos: 1. *Omissis.* 5. No haber sido condenada o condenado penalmente con sentencia definitivamente firme por la comisión de delitos dolosos en los últimos veinte (20) años". Nótese que el dispositivo contentivo de la sanción administrativa, no alude a la interdicción para optar a cargos de elección popular establecida en el artículo 65 de la Constitución, a aquellos que hubiesen sido condenados por delitos cometidos en el ejercicio de funciones públicas, y otros que afecten el patrimonio público, durante el tiempo señalado por la Ley; en primer lugar, porque la interdicción constitucional está referida a cargos de elección popular; y en segundo lugar, porque la sanción administrativa en comento (prevista en la Ley Orgánica del Poder Electoral), tiene como presupuesto de hecho la comisión de cualquier delito doloso, que dicho sea de paso, son la inmensa mayoría, independientemente de su gravedad.

De modo, pues que basta mencionar esas gravísimas modalidades de sanciones, impuestas por la Administración; sin entrar a mencionar las serias

irregularidades que presentan las leyes en materia de tipificación de las infracciones, para percatarse, también desde la perspectiva cualitativa, de la desmedida dimensión de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, frente a los ciudadanos, de tal manera que cuando es examinada conjuntamente desde las perspectivas cuantitativa y cualitativa, por cualquier abogado o ciudadano medianamente informado en materia de derechos civiles o humanos, no le queda más que alarmarse, y concluir que resulta urgente una revisión exhaustiva, no del fundamento de dicha potestad, el cual aparece como incuestionable, sino del ejercicio de la misma.

Dicha revisión incluye, en primer lugar, la línea seguida por el Parlamento en la tipificación de infracciones, y en el establecimiento de sanciones, y en segundo lugar, la compatibilidad, tanto de esa actuación parlamentaria, como del uso mismo que de la potestad en comento realiza la Administración Pública, con las garantías formales y materiales derivadas del artículo 49, num. 6 de la Constitución, todo ello con la finalidad de abrir espacios de discusión, no para preconizar su supresión, que insistimos sería una posición absolutamente equivocada, sino para lograr el redimensionamiento de su aplicación, teniendo muy en cuenta las necesarias garantías que deben proporcionársele a los ciudadanos, pues frente a un poder tan inmenso, sin esas garantías, los ciudadanos sufren una verdadera *capitis diminutio*, y de alguna manera se afecta el mismo sistema democrático, al abrirse cauces tan expeditos para sancionar a los administrados, los cuales, por supuesto, en el estado actual de la Administración Pública, no estarán exentos de las desviaciones propias del partidismo, o sencillamente del autoritarismo.

Por esa razón, es necesario que la discusión abarque puntos tan cruciales, como la reserva legal sancionatoria, la tipificación tanto de las infracciones como de las sanciones, la interdicción de las normas en blanco, la concepción de matización retrógrada del principio de legalidad que ha comenzado a manejar la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la culpabilidad, la presunción de inocencia en materia sancionatoria administrativa, el *non bis in ídem,* la prescripción tanto de las infracciones como de las sanciones, la prohibición de la aplicación de plano de sanciones, el carácter necesario del procedimiento previo, el carácter suspensivo de los recursos interpuestos contra los actos sancionatorios, la concepción jurídica de sanciones administrativas, y la acumulación de la indemnización a la aplicación de las sanciones administrativas.

Quizás esos sean los aspectos más importantes que deben ser examinados para lograr el señalado objetivo. Nosotros abordaremos cada uno de ellos

desprejuiciadamente, pero sin dudas animados con un espíritu garantista, y por supuesto que propondremos tesis interpretativas en ese sentido, pero con la sola intención, como siempre, de iniciar la discusión académica y científica sobre una materia que la reclama urgentemente, pues de lo contrario se corre el riesgo que el "poder de policía" del denominado antiguo régimen, impregne libremente toda la potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana, vista la dimensión desmedida –insistimos– de la misma.

1.2. **Breve excursus histórico sobre la potestad sancionatoria**. Es bien sabido que uno de los principios básicos sobre los cuales se articula el tránsito del Estado absoluto al Estado liberal de derecho en Europa, es el de separación o división de poderes, cuya aplicación en su forma original o matizada, significó la extinción del sistema de concentración de todo el poder en el monarca, que caracterizaba al aludido Estado absoluto. De esa manera el poder público, atendiendo a las tesis de Locke y Montesquieu, en la perspectiva funcional se divide en las tres grandes ramas conocidas, y lo que es más importante, el ejercicio de cada una de ellas es atribuido a complejos orgánicos diferentes: el parlamento, el gobierno y los jueces, o en otros términos, a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Como consecuencia de esa distribución de poderes, el ejercicio del hoy denominado *ius puniendi* en cualquiera de sus modalidades, pasó en forma monopólica a los órganos del Poder Judicial, razón por la cual, conforme al señalado principio, estaba totalmente vedado al Poder Ejecutivo (Administración Pública) imponer a los ciudadanos cualquier tipo de sanción. Más aún, la idea de que los jueces eran los únicos titulares del aludido poder represivo, como hemos indicado, encuentra su sustento teórico en la Europa continental, a partir de la Revolución Francesa (1789), pero aparecía arraigada en el derecho inglés desde varios siglos antes, específicamente desde el otorgamiento, producto de las conocidas luchas de los señores feudales (barones), por el rey Juan en el año 1215, de la famosa "Carta Magna", en cuyo artículo 39, se estableció que: "Ningún hombre libre será prendido o encarcelado o desposeído de sus bienes o desterrado o de cualquier otro modo castigado, ni iremos *Nos* sobre él ni mandaremos contra él, **sino previo el juicio legal de sus pares y según la ley del país (*lex terrae*)**".

Cabe advertir, que este dispositivo es en realidad un antecedente del famoso principio libertario y democrático que se va a imponer a partir del advenimiento del Estado de derecho, del *nulla poena, nullum crimen sine*

*lege*, o principio de legalidad penal, que como se sabe, constituye una clara expresión de un conjunto relevante de garantías de la libertad personal. Por supuesto, que asentado en el constitucionalismo del siglo XIX que se extendió por toda Europa, el aludido principio encontró recepción en todos los países de ese continente, e inclusive en la mayoría de todos los de occidente.

Pues bien, en el contexto histórico indicado, parecía algo natural que la armonización del principio de separación de poderes, con el principio de legalidad penal, condujera al monopolio del *ius puniendi* por parte de los órganos del Poder Judicial, y a la absoluta interdicción para la Administración Pública de su ejercicio. Sin embargo, pese a que en algunos de los mentados países esa ecuación principista encontró plena aplicación, en virtud de que las leyes encomendaron toda la función jurisdiccional, sin establecer divisiones o matizaciones, a los Tribunales; en otros en cambio, se produjo, a pesar de la vigencia de los señalados principios, una especie de paralelismo en el ejercicio del derecho a imponer sanciones a los ciudadanos, pues por una parte en forma abierta se confirió, como resultaba lógico, esa atribución a los órganos jurisdiccionales, pero por otra, en forma un tanto soterrada, o en algunos casos de facto, también se produjo la atribución de la referida potestad sancionatoria al Poder Ejecutivo o Administración Pública.

En efecto, la doctrina afirma que la transferencia de ese enorme poder a la Administración Pública, el cual no sólo implicaba la imposición de penas pecuniarias, sino también penas corporales, no obstante haber sido superado históricamente el Estado absoluto, debido a la instauración del Estado de derecho, presidido por el principio de legalidad, ocurrió en forma un tanto velada, debido a que durante el Estado absoluto se impuso una tesis, favorecida sin dudas por la concentración de poderes en el monarca, y desde luego, por el privilegio de éste de su no sujeción a las leyes, que postulaba la existencia de un poder, casi natural de policía, el cual reposaba en la Administración Pública, y le permitía realizar actos, coactivos o no, para impedir o prevenir la realización de males y peligros a los miembros de la comunidad, y para lograr el bienestar y felicidad de los súbditos. Es necesario advertir que para los años finales del absolutismo, ya se había excluido del referido poder de policía, la finalidad relativa al logro del bienestar de los ciudadanos, quedando reducido a actividades destinadas a la tutela del orden público.

Pues bien, aunque, como lo hemos afirmado en otras ocasiones, parezca paradójico, a pesar del blindaje que proporcionaba el principio de

legalidad al Estado de derecho, el referido poder de policía se "coló" en el mismo, e inclusive señala SANTAMARÍA (1999) que los revolucionarios franceses llegaron a justificarlo sobre la base del argumento relativo a que todos los ciudadanos tenían el deber genérico de no perturbar el orden público, razón por la cual el incumplimiento de dicho deber, bastaba por sí solo, sin necesidad de ley que lo habilitase, para legitimar el ejercicio de todas las potestades implicadas en ese poder de policía.

Es fácil entonces imaginarse que la admisión de ese supuesto poder de policía, absolutamente al margen del principio de legalidad, vertebrador del naciente Estado de derecho, originario –insistimos– del antiguo régimen, sirvió de fundamento para que la Administración Pública ejerciese "válidamente", la potestad represiva, que de suyo teóricamente debía ser una competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial, pudiendo imponer todo tipo de sanciones de las que hoy denominamos administrativas, incluyendo penas corporales, so pretexto de la preservación del orden público, las cuales obviamente van a crecer en número y en modalidad en la medida en que la Administración va asumiendo nuevos cometidos, sobre todo en el área de los servicios públicos.

De esa manera el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de los órganos administrativos consolida una práctica que conduce, debido a su permanencia en el tiempo, sin mayores cuestionamientos, a admitirla como válida, pese a que tal vez por mantener formalmente la vigencia del principio de separación de poderes, no encontraba recepción en las Constituciones. Dicha potestad, de por sí arbitraria, por no contar con respaldo constitucional, conducía a que su ejercicio estuviese absolutamente desvinculado de cualquier tipo de garantías ciudadanas, a diferencia de lo que sucedía cuando los jueces ejercían la potestad represiva, los cuales estaban obligados a respetar el principio de legalidad penal.

Por eso no resultaba extraño en los países en los que imperaba el paralelismo en materia de potestad sancionatoria, que de plano, por ejemplo, un gobernador, un alcalde o un jefe civil, decidieran por considerar que una persona había realizado una actividad contraria al orden público, privarla de su libertad, e imponerle la sanción de arresto. En Venezuela, pese a la vigencia de la Constitución de 1961, todavía hasta la década de los ochenta del siglo pasado, era posible encontrar gobernadores y jefes civiles que adoptaban actos de esa naturaleza, o similares, como por ejemplo, decretaban arrestos de ciudadanos por incurrir en la violación de

las leyes de tránsito, o sencillamente cuando consideraban que habían realizado actividades contrarias al orden público.

Pues bien, independientemente de las posiciones teóricas en que puedan colocarse los juristas y en general los ciudadanos, debe admitirse que la potestad sancionatoria de la Administración, como se dice en términos coloquiales, "llegó para quedarse", y pretender suprimirla en los actuales momentos, por muchas razones, que no es el caso examinar, dentro de las cuales destaca la imposibilidad del Poder Judicial para monopolizar la potestad represiva, parece un contrasentido, máxime si se tiene en cuenta que casi todos los países que daban verdadera aplicación al principio de separación de poderes, al conferir el monopolio de la potestad punitiva a los Tribunales, se han visto en la necesidad mediante la figura de la "despenalización", de atribuirle a la Administración Pública potestad sancionatoria.

Ha de advertirse, que si bien ya la potestad sancionatoria de la Administración Pública es una realidad, al punto que la mayoría de los países han optado por constitucionalizarla, a pesar de la oposición de algunos (pocos) críticos que pretenden reivindicar la vigencia del principio de separación de poderes, ya desde la década de los cincuenta del siglo XX, se levantaron voces importantes en algunos países de Europa, cuestionando el ejercicio de la potestad bajo examen, debido a que el mismo no estaba presidido por el otorgamiento de ningún tipo de garantías a los ciudadanos, soslayando de esa manera la importante incidencia que ese ejercicio tenía sobre los derechos subjetivos (libertad, propiedad, libre iniciativa económica, etc.), como sí ocurría cuando los tribunales hacían uso del poder represivo.

Fue así como los planteamientos doctrinarios poco a poco fueron haciendo mella en las posiciones consolidadas que sobre esta materia habían adoptado, tanto las autoridades administrativas como los jueces, produciéndose un tránsito muy lento hacia la idea de que la actuación punitiva de la Administración Pública, debía estar rodeada de ciertas garantías, moduladas sobre la base del esquema conceptual en el que reposa el principio de legalidad penal. Fue precisamente ese proceso lento de otorgamiento de esas garantías a los ciudadanos, y de reconocimiento por parte de los órganos jurisdiccionales, lo que condujo finalmente a la constitucionalización de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, la cual –recordamos– ya era ejercida por ésta en muchos países desde la misma época del advenimiento del Estado de Derecho.

1.3. **La evolución de la potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana: hipótesis sobre el paralelismo de su ejercicio por los Tribunales y la Administración Pública venezolanos, a partir del análisis de algunos instrumentos jurídicos del siglo XIX y del siglo XX.**

1.3.1. **Análisis de los instrumentos normativos del siglo XIX**. Resulta imperativo iniciar este acápite señalando que en Venezuela no existe una historiografía del Derecho, y mucho menos del Derecho Administrativo, rama esta que apenas viene a cobrar alguna relevancia a comienzos de la década de los cincuenta del siglo XX. Así, por ejemplo, no es posible encontrar ningún trabajo de investigación, a diferencia de lo que ocurre en Europa, que permita conocer la fecha cierta de la creación de la primera cátedra de Derecho Público o de Derecho Administrativo en nuestro país, ni tampoco el profesor que la regentó. En ese orden de ideas, ni siquiera es posible recurrir a textos especializados de Derecho Administrativo, porque hasta el año 1960 del siglo pasado, apenas se había escrito una obra sistemática sobre esta especialidad, eminentemente descriptiva, y hasta ese año ni siquiera había sido fundada una revista de Derecho Público, mucho menos de Derecho Administrativo.

A esa pobreza en historiografía y bibliografía jurídica, se debe la inexistencia de etapas acotadas histórica o doctrinariamente, relativas a determinadas instituciones jurídicas de derecho público o administrativo, por aludir únicamente a esas disciplinas. Esa situación, debe advertirse, aparece desvinculada de la recepción en el ordenamiento jurídico venezolano de instituciones jurídicas surgidas al calor de los debates doctrinarios, cuyas conclusiones eran posteriormente recogidas en instrumentos normativos europeos, particularmente franceses. Sin embargo, se trataba de una recepción totalmente mecánica, acrítica, y en algunas oportunidades realizada en forma equivocada, tal vez debido a errores de traducción, como al parecer ocurrió, por ejemplo, con la figura de los "establecimientos públicos" franceses, los cuales surgen del debate doctrinario y son introducidos en el ordenamiento jurídico de ese país en los inicios de la década de los sesenta del siglo XIX, no obstante, la expresión, según demuestra CABALLERO (1984), aparece recogida en tres artículos de nuestro Código Civil de 1862, pero con una connotación totalmente contraria a la francesa, ya que en los mismos se aludía a entes de derecho privado.

Toda la descripción anterior, además de la finalidad didáctica que pretendemos imprimirle a esta monografía, persigue justificar los pocos trazos históricos, que obedecen más, debemos reconocerlo a observacio-

nes muestrales, sin pretensión de que sean significativas en términos estadísticos, de un conjunto de instrumentos jurídicos de los siglos XIX y XX, que a un verdadero estudio histórico, que sobre la potestad sancionatoria de la Administración Pública en Venezuela, pasamos a esbozar.

En ese orden de ideas, es menester subrayar que desde la Constitución Federal de 1811 hasta la de 1961, siempre estuvo presente en todos los textos constitucionales, el principio de legalidad penal. Así, en la primera, fue recogido en los siguientes términos: Art. 158: "Tampoco podrán los ciudadanos ser reconvenidos en juicio, acusados, presos ni detenidos sino en los casos, y en las formas determinadas por la Ley...", y en la segunda Constitución, mencionada, el artículo 69 prescribía: "Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente".

De modo, pues, que con mayor o menor perfeccionamiento en las veinticuatro Constituciones, incluyendo la de 1921, de Cúcuta, que precedieron a la vigente, siempre estuvo consagrado el principio de legalidad penal, con la finalidad de que el ejercicio de la potestad punitiva estuviese, por los menos teóricamente, sujeto a las garantías ciudadanas, materiales y formales, derivadas del aludido principio. En cambio, en ninguna de ellas, ni siquiera indirectamente, se confirió ni el más mínimo indicio de potestad sancionatoria a la Administración Pública. En esta línea argumental hacemos constar que la Administración casi siempre estuvo incardinada al Poder Ejecutivo, y en apenas cuatro de esos textos constitucionales (1864, 1901, 1945, 1953), aparece formalmente diferenciada (sólo por el nombre), pero de todas maneras vinculada a dicho Poder. Por consiguiente, si la intención o voluntad de los innumerables constituyentes que ha tenido Venezuela hubiese sido conferirle la potestad sancionatoria a la Administración Pública, seguramente sería fácil encontrarla reflejada de manera expresa o implícita, o directa o indirecta, en cualquiera de las referidas veinticuatro Cartas constitucionales.

Más aún, es preciso hacer notar que en las pocas Constituciones en que figuraba terminológicamente la Administración Pública, en ninguna de ellas llegó a ser definida, y mucho menos se fijaron sus finalidades, limitándose el texto a establecer la relación entre la Administración y el Jefe del Ejecutivo Nacional o Presidente de la República, de tal manera que ni aún en esa hipótesis resultaba posible, partiendo de un intento de interpretación sistemática o teleológica de los correspondientes preceptos, hilva-

nar una tesis que permitiera, con un mínimo de racionalidad, afirmar que la Administración era competente para imponer sanciones administrativas.

Pues bien, de la argumentación anterior debe concluirse que desde 1811 hasta el 30 de diciembre de 1999, fecha en que fue derogada la Constitución de 1961, nunca de manera directa o indirecta llegó a conferirse en los veinticuatro textos constitucionales que rigieron a Venezuela durante ese período la potestad sancionatoria a la Administración Pública. Sin embargo, tal conclusión no autoriza a negar el ejercicio de dicha potestad por los órganos administrativos, por lo menos a partir de la separación de Venezuela de la Gran Colombia (1830), año en que se inicia el proceso de construcción del ordenamiento jurídico de la nueva nación, en la cual va jugar un papel muy relevante el liberalismo económico y jurídico que imperaba en Europa, de cuyo sustrato normativo –insistimos– se va a nutrir la aludida construcción, y por consiguiente, el principio de separación de poderes, sin dudas, encontrará una importante resonancia en ese proceso.

No obstante, demostrar que la Administración ejercía la potestad sancionatoria a partir del señalado año, no resulta tarea sencilla, máxime si se toma en cuenta la aludida inexistencia de la fundamentación constitucional, debido seguramente al acatamiento expreso o implícito del referido principio de separación de poderes, por los constituyentes. En la búsqueda de esa potestad de la Administración durante el siglo XIX, hemos realizado un examen preliminar de las Leyes y Decretos de Venezuela dictados entre 1830 y 1840; 1841 y 1850, y 1873-1878, recogidos en las publicaciones de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales (1982, 1984), y como resultado del mismo nos atrevemos a formular la siguiente hipótesis: En Venezuela, de manera empírica, sin mayores discusiones doctrinarias sobre la materia, se impuso la misma tesis implantada en algunos países europeos después del advenimiento del Estado de Derecho, relativa al paralelismo en el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de los órganos judiciales, la cual se les atribuye de conformidad con el principio de separación de poderes en la Constitución; y por parte de la Administración Pública, a la cual se le confiere de manera indirecta o velada, inclusive en textos legales, por supuesto sin fundamentación constitucional.

Insistimos en que se trata de un examen preliminar de los señalados instrumentos normativos, con la única finalidad de buscarle sustento a la hipótesis planteada, pero en la realización del mismo tuvimos muy presente que desde 1830 hasta 1875 fueron muy pocas las leyes que hoy denomina-

mos **administrativas**, porque sus normas inciden en el ordenamiento jurídico administrativo, o mejor en términos de MOLES CAUBET (1992), porque deben ser ejecutadas por la Administración o porque regulen servicios públicos o empresas administrativas, debido por supuesto al estado incipiente de una Administración, montada básicamente, igual que el Estado, sobre el modelo liberal.

Por otro lado, las pocas leyes administrativas que establecían sanciones, que hoy pueden ser calificadas sin ninguna duda de administrativas, como la destitución o la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, se abstenían de determinar o de precisar a quien correspondía imponer dichas sanciones. En ese orden de ideas, a los fines de intentar esclarecer la situación cabe recordar que el artículo 102 de la Constitución de 1830, había consagrado en forma categórica el principio de legalidad penal, a lo que debe añadirse que el 19 de mayo de 1836 fue sancionado el Código de Procedimiento Judicial, integrado por las leyes que iban de la 236 a la 276, correspondiendo esta última a la LEY ÚNICA. "Del juicio criminal en tanto se establece la administración por jurados", el cual en su artículo 1 prescribía la obligación para los Jueces de Primera Instancia, los alcaldes parroquiales y los jueces de paz de abrir la inquisición sumaria, cuando tuvieren noticia de que se había cometido un delito en su jurisdicción.

El artículo 6 *ejusdem*, prescribía que si del sumario resultaba que el delito imputado al procesado no merecía pena corporal debía poner a éste en libertad, obligándolo a pagar el daño inferido si se consideraba procedente. Inmediatamente debía archivarse el proceso, el cual quedaba abierto para cuando se presentasen nuevas pruebas, o el procesado fuese acusado de haber cometido otro delito.

Ahora bien, ante esas disposiciones generales sobre la apertura de juicios criminales, y asimismo ante la ausencia de normas atributivas de competencia en casi todas las leyes administrativas en que se establecían faltas o infracciones y sanciones, estimamos que para la determinación de la infracción y la aplicación de la sanción, teniendo muy presente el tantas veces aludido principio de separación de poderes, y en fin para juzgar a los ciudadanos, en esos casos, la competencia debía estar atribuida a los Tribunales, y no a la Administración.

La anterior afirmación encuentra pleno respaldo en normas como la que a continuación se transcribe: Art. 63 de la Ley de Elecciones de 9 de

mayo de 1836 "Los funcionarios públicos que omitan el cumplimiento de alguno o algunos de los deberes que en materia de elecciones les impone la Constitución o la presente ley, son culpables por mal desempeño de sus funciones, y **serán juzgados y castigados** con la deposición de sus destinos e inhabilitados para obtener otros de confianza ú honor por cuatro años".

Ni en el transcrito dispositivo ni en todo el resto de la Ley, se determina a quien corresponde juzgar y castigar a los señalados funcionarios públicos, y suponemos que el término "juzgar" –en esos tiempos– naturalmente debía estar vinculado a la actuación de los órganos del Poder Judicial a los fines de dictar sentencia, pues resultaba inimaginable que se intentara acudir a la tesis de la escuela "pandectística" alemana, para calificar el acto correspondiente como sustancialmente jurisdiccional y formalmente administrativo, y de esa manera poder atribuir la potestad sancionatoria a la Administración Pública; de modo, pues, que cuando se armonizan los citados preceptos de la Ley única relativa al Juicio Criminal del Código de Procedimiento Judicial de 1836, con el precepto transcrito de la ley de Elecciones de 1836, todo apunta hacia la conclusión relativa a que la potestad sancionatoria (determinación de la culpabilidad e imposición de la pena), debía ser ejercida por los órganos del Poder Judicial, dentro de los cuales estaban incluidos los Alcaldes Parroquiales, quienes ejercían funciones administrativas y judiciales.

En cambio, cuando se analiza el artículo 69 de la misma Ley de Elecciones, el cual prescribía que: "Los notables, el juez de parroquia y conjueces que no desempeñen sus encargos {electorales} o los que los desempeñen mal... serán multados por el concejo municipal del respectivo cantón, ante quien se justifique el hecho, con diez pesos cada uno por cada individuo que incluyan o admitan ilegalmente...", se observa que dicho dispositivo delinea una clara expresión de la potestad punitiva, en razón de que se tipifica una infracción, aparejando a la misma una sanción, pero a diferencia del artículo 63, se atribuye su ejercicio a un órgano administrativo, como lo era y lo es actualmente el Concejo Municipal.

En consecuencia, cabe señalar que en la misma Ley aparece diseñada la potestad punitiva del Estado, con la particularidad de que en un caso su ejercicio es atribuido a los Tribunales, y en otro a un órgano administrativo, pese a que en ambos el origen de ese ejercicio es el incumplimiento de deberes electorales por parte de funcionarios públicos.

A los fines de insistir sobre esa especie de ambigüedad normativa, transcribimos el artículo 93 de la Ley del 14 de octubre de 1830 "sobre el régimen y organización política de las provincias", la cual como es posible imaginarse, podría calificarse hoy como parcialmente administrativa. El referido esquema normativo prescribía "La falta de cumplimiento de cualquier ley o decreto del Congreso, sea por lentitud, negligencia ú omisión culpable, sea por pura malicia, será castigada en el funcionario público que la cometa, en el primer caso con la privación del empleo o cargo y resarcimiento de perjuicios; y en el segundo además de estas penas, con la inhabilitación perpetua para obtener otro cargo público, a no ser que incurra en casos que por las leyes vigentes tengan señalada pena mayor".

La simple lectura del anterior precepto, evidencia, en primer lugar, al igual que el caso del artículo 63 de la Ley de elecciones examinado, que no aparece ni en el mismo ni en el resto del texto legislativo del cual forma parte, a quien correspondía ejercer la potestad punitiva; en segundo lugar, que la privación del empleo puede calificarse actualmente como una sanción administrativa, pero en cambio la inhabilitación perpetua para el ejercicio de cargos públicos, excedería, en el supuesto negado de que fuese procedente constitucionalmente, la indicada calificación; de allí, pues que ante la ausencia de norma atributiva de competencia, así como la entidad de las sanciones, todo pareciera apuntar hacia la tesis de que en este caso la potestad delineada en la norma debía ser ejercida por los órganos del Poder Judicial.

Con los ejemplos anteriores cobra fuerza la hipótesis acerca del paralelismo en el ejercicio de la potestad punitiva consagrado en ordenamiento jurídico de la naciente nación venezolana, con la particularidad de que dicho ejercicio por parte de los tribunales se extiende a la mayoría de los casos en los cuales es posible identificar –actualmente– la tipificación de infracciones administrativas, a las cuales se acompañaban las correspondientes, también sanciones administrativas.

Esta tendencia se mantiene durante el período comprendido entre 1840 y 1850, y encuentra claro respaldo en la Ley 31 de marzo de 1841 orgánica de las oficinas de correo, que clasifica a las faltas tipificadas en su texto en el artículo 37 en graves, menos graves y leves, siendo sancionadas las primeras con multas que no bajasen de cincuenta pesos, ni excedieran de ciento cincuenta o con prisión de quince a cuarenta y cinco días; las segundas, con multas de dos a veinte pesos, o prisión desde uno a diez días; y las leves con la mitad de la pena señalada a las menos graves.

Pero la importancia de invocar esta Ley, consiste en que a diferencia de las anteriores, ella especifica que corresponde a los tribunales el ejercicio de la potestad punitiva, al precisar que los de primera instancia debían aplicar las penas por las faltas graves; los alcaldes parroquiales, que formaban parte del Poder Judicial, y los jueces de paz, debían aplicar las correspondientes a las menos graves y las leves. Es preciso advertir que el examen de ese texto legislativo demuestra que casi todas las faltas que tipificaba podían ser calificadas, según el criterio señalado anteriormente, como administrativas.

Por otra parte, de ese mismo período histórico es la Ley de 7 de mayo de 1849, que reforma el código de instrucción pública sobre catedráticos, y en su artículo 1, establece que por faltar a sus deberes los catedráticos debían ser sancionados con amonestación, multa, suspensión o destitución, correspondiendo la aplicación de las dos primeras al Rector, al Vicerrector o a la Junta Gubernativa, y la suspensión y destitución al Tribunal Académico.

Los dos ejemplos anteriores refuerzan en forma contundente la hipótesis del paralelismo en el ejercicio de la potestad punitiva que hemos formulado, pero a mayor abundamiento conviene dejar sentado que esa tendencia se mantiene en el período comprendido entre 1873 y 1878, tal como lo demuestra el artículo 41 del Decreto de 13 de julio de 1875 dictado por el Congreso, contentivo de la Ley sobre elecciones nacionales para Presidente de la Unión, que es del siguiente tenor: "De los delitos, infracciones **y faltas de la presente ley conocerán y decidirán los tribunales que sean competentes**... según el Código de Procedimiento Criminal". Sólo a titulo de ejemplo, mencionamos como infracción la falta cometida por la Junta Electoral que daba lugar a la nulidad de las elecciones, la cual llevaba aparejada las sanciones de inhabilitación por seis años para desempeñar destinos públicos, así como una multa de cien a mil venezolanos, según la culpabilidad.

Pero de ese mismo período es el Decreto de 19 de febrero de 1878, sobre el servicio nacional del Telégrafo Nacional, cuyo artículo 33, preceptuaba que los empleados que no cumplieran satisfactoriamente con sus deberes serían removidos por el Director o el Jefe, previa acusación comprobada ante el Ministerio de Relaciones Interiores. No obstante el artículo 34 nos parece mucho más importante a los fines de la validación de nuestra hipótesis, porque facultaba al Director o al Jefe para despedir de plano al empleado que revelare en todo en parte un mensaje transmitido o recibido, y

además obligaba a dicho jerarca a acusar al empleado infractor ante los Tribunales de Justicia, como violador de la correspondencia.

Los anteriores ejemplos refuerzan la validez de nuestra hipótesis, pero el último de los dispositivos normativos citados, adquiere mayor relevancia en ese sentido, porque demuestra como podía dividirse el ejercicio de la potestad punitiva, inclusive originada en un mismo hecho, ya que por una parte al empleado infractor la autoridad administrativa le aplicaba de plano la sanción de destitución, y por la otra, cabía la posibilidad de que fuese sancionado por el Juez por incurrir en el delito de violación de correspondencia.

Pues bien, el examen preliminar de los instrumentos normativos dictados por el Parlamento durante los períodos 1830-40 , 1841-1850 y 1873 a 1878, nos conduce a considerar fundada nuestra hipótesis inicial sobre el paralelismo de la potestad punitiva en Venezuela, en el sentido de que resulta indudable la competencia de los Tribunales para sancionar delitos, pero al mismo tiempo en la dilucidación del origen y evolución de la potestad sancionatoria de la Administración, se observa que ésta también tenía competencia para calificar lo que hoy denominamos infracciones administrativas, y para imponer las correspondientes sanciones, igualmente calificadas, en ese contexto, como administrativas.

O sea, que los tribunales detentaban toda la competencia para juzgar los ilícitos penales, así como una parte significativa de los ilícitos administrativos. Sin embargo, como quedó demostrado supra, la Administración también estaba facultada para ejercer parcialmente la potestad punitiva, al juzgar infracciones administrativas, e imponer las correspondientes penas, con la particularidad de que casi todos esos casos resultaban encuadrables en las denominadas, por la doctrina italiana y alemana, "relaciones especiales de sujeción", y más particularmente en las relativas a la relación de empleo público.

1.3.2. **Análisis de los instrumentos normativos del siglo XX**. Como expresamos antes, escapa a los objetivos de este trabajo realizar un estudio completo sobre el origen y evolución de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, pero para concluir el acápite se hace necesario que realicemos un examen muestral, en los términos antes indicados, de algunos instrumentos normativos sancionados durante el período mencionado en el epígrafe, para poder determinar si el paralelismo en el ejercicio de esa

potestad se mantiene, y lo que es más importante, si se mantiene en los mismos términos del siglo XIX, y a tal fin comenzamos el análisis con los artículos 16 y 17 de la Ley de Ejercicio de la Farmacia de 1928, que prescribían respectivamente: artículo 16: "Cuando la infracción revista carácter delictuoso, se participará inmediatamente al Juez del Crimen, a quien se suministrarán todos los datos que se tengan sobre el caso".

Art. 17. "Cuando la infracción **sólo constituya falta, corresponderá a la respectiva autoridad de Sanidad imponer la pena correspondiente**" (énfasis añadido).

De la lectura de los dispositivos transcritos se colige que el paralelismo en el ejercicio de la potestad sancionatoria se mantiene, pues tanto los jueces, como la Administración continúan ejerciendo dicha potestad, pero con la particularidad, o mejor con la notable diferencia, de que cuando se trataba de una infracción administrativa, en términos sustantivos, el texto legal objeto del examen se encarga de precisar que el conocimiento de la misma resultaba una competencia exclusiva y excluyente de los órganos administrativos, reservando a los jueces únicamente el conocimiento de las infracciones que revistieran carácter delictuoso o penal. Esa manera de legislar revela la tendencia que finalmente se va a imponer en Venezuela, que no es otra que asignar el conocimiento de toda infracción administrativa a la Administración Pública, lo que no ocurría durante el siglo XIX, según los instrumentos normativos ya examinados, que conferían a los Tribunales la facultad de juzgar la mayoría de los ilícitos, independientemente de que fuesen penales o administrativos, atribuyéndole esa facultad a la Administración, solamente cuando estuviesen presentes las hoy denominadas "relaciones de sujeción especial" , verbigracia la relación de empleo público.

Esa tendencia o particularidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración Pública, derivada de la Ley de Ejercicio de la Farmacia de 1928, se mantiene a lo largo de todo el siglo XX. Así por ejemplo, la Ley de Estupefactivos de 1934, también lógicamente derogada, establecía las siguientes sanciones, multa, arresto, anulación de la matrícula, suspensión del ejercicio de la profesión y la clausura del establecimiento (art. 44), y el artículo 47 *ejusdem*, prescribía que eran funcionarios competentes para imponerlas el Ministro de Salubridad y Agricultura y el Director de Sanidad del Distrito Federal. Al tipificarse las sanciones, al igual que las infracciones administrativas, y atribuirse la correspondiente competencia a autoridades administrativas, queda claro que la señalada tendencia se mantiene.

Esta técnica utilizada en la consagración de la potestad sancionatoria a la Administración Pública es recogida en casi todas las leyes administrativas que se sancionan en Venezuela, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961. Así por ejemplo, la derogada Ley de Regulación de Alquileres de 1966 (art. 30), la derogada Ley Orgánica de Identificación de 1973 (art. 26), la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981 (art. 100), y la derogada Ley del Banco Central de Venezuela de 1992 (art. 97). Es importante destacar que en estas cuatro leyes, pero igualmente en todas aquellas que contienen disposiciones sancionatorias, promulgadas con posterioridad a 1961, la potestad de imponer sanciones administrativas es atribuida exclusivamente a los órganos competentes de la Administración Pública, reservando a los jueces únicamente la potestad de sancionar los ilícitos penales.

En suma, el paralelismo en el ejercicio de la potestad sancionatoria en Venezuela, pareciera no admitir discusión, pero a partir del siglo XX, el examen de la legislación sancionada durante ese lapso demuestra, a diferencia de lo que ocurría en el XIX, que dicho ejercicio aparece perfectamente acotado subjetivamente, en función de la categoría de los ilícitos: penales o administrativos.

Consideramos importante, aunque escapa al objetivo de validar la hipótesis formulada inicialmente, visto que examinamos un conjunto de instrumentos normativos del siglo XX, referirnos a una particular característica que va estar presente en las normas consagratorias de la potestad sancionatoria a la Administración. Se trata de que a partir del primer tercio del referido siglo, en casi todas las leyes que prevén la aplicación de sanciones administrativas pecuniarias (multas), se introduce la figura de la **conversión de la multa en arresto**. Quizás lo más grave de la introducción de esta figura en el ordenamiento jurídico venezolano, cuya compatibilidad con las Constituciones que estuvieron vigentes hasta 1961 no entramos a examinar, sea el hecho de que haya sido recogida en un importante número de textos legislativos sancionados con posterioridad al referido año, sobre todo en las décadas de los setenta y ochenta del siglo pasado.

Ejemplos de preceptos contentivos de la figura de la conversión de la sanción pecuniaria en arresto, encontramos en las siguientes leyes: Ley de Ejercicio de la Odontología de 1970, que en su artículo 44, prescribe: "Las sanciones administrativas son: a) Omissis; d) **arresto por conversión de multa**"; la derogada Ley de Tránsito Terrestre de 1986, cuyo artículo 68

prescribía que: "Cuando el multado no pagare la multa impuesta **esta se convertirá en arresto a razón de un día** por cada veinte bolívares de multa..." , la derogada Ley de Mercado de Capitales de 1975 (art. 38), y la Ley de Protección de la Fauna Silvestre de 1975 (114), entre otras.

Por supuesto, que esos preceptos resultaban francamente incompatibles con el artículo 60 de la Constitución de 1961, que consagraba el derecho a la libertad personal, y establecía que nadie podía ser afectado en ese derecho, sino mediante una orden judicial escrita, salvo que fuera sorprendido in fraganti en la comisión de un delito; de allí que la conversión de la multa administrativa en arresto o pena corporal, revelaba a las claras la indicada incompatibilidad constitucional de las normas que la establecían.

Afortunadamente a partir del año 1990, disposiciones de ese tenor desaparecen o tienden a desaparecer de todos los textos legislativos que contemplan sanciones administrativas de carácter pecuniario. Sin embargo, se hace imperativo expresar que en pocos de ellos se introduce una figura aún mucho más lesiva que la anterior, al derecho de libertad personal: **la sanción de arresto**, esto es, la privación de la libertad por un número de días que generalmente no excedían de quince. Este exabrupto constitucional aparecía recogido en leyes, por cierto totalmente relacionadas con el ejercicio de la función judicial. Así, por ejemplo, el artículo 115 de la derogada Ley Orgánica del Poder Judicial de 1974, facultaba a cualquier Juez de la República para imponer de plano la sanción de ocho días de arresto, a quienes irrespetaren a los funcionarios o empleados judiciales, norma que por cierto fue recogida en términos idénticos en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial sancionada en 1998. Igualmente la vigente Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988, en su artículo 28, obliga a los jueces que desestimen la acción de amparo, a pronunciarse sobre su temeridad, y si consideran que la temeridad es manifiesta, podrán imponer al quejoso la sanción de hasta diez días de arresto.

También la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en su artículo 82, facultaba al Presidente del máximo Tribunal para imponer la sanción de arresto hasta por ocho días; pero lo más grave y hasta alarmante, es que una vez entrada en vigencia la Constitución de 1999, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sancionada en 2004, en lugar de suprimir esa inconstitucional disposición, la haya mantenido en su artículo 23, num. 1, aumentando el número de días de arresto de ocho a quince, e igualmente el número de los titulares que pueden ejercer esa

potestad, de uno a seis, es decir, tanto el Presidente del Tribunal, como los Presidentes de cada una de las Salas.

Consideramos prudente hacer notar que no existiendo hasta finales de 1999 una previsión constitucional que sirviera de fundamento a la potestad sancionatoria de la Administración Pública, y que a la vez confiriera a los ciudadanos garantías, como las relativas a la tipificación y a la reserva legal en materia penal, la Administración aprovechó esa especie de vacío, por lo menos bajo la vigencia de la Constitución de 1961, para dictar algunos reglamentos, sobre todo en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, mediante los cuales tipificó infracciones o utilizó la figura de las denominadas normas en blanco a tal fin, y fijó las correspondientes sanciones, razón por la cual debe añadirse a las expresiones de potestad sancionatoria administrativa contenidas en las leyes, las recogidas en instrumentos normativos de rango sublegal.

Hay que reconocer que en ninguno de esos casos el atrevimiento llegó hasta el establecimiento de la sanción de arresto, e inclusive tampoco conocemos casos en que se contemplase la sanción pecuniaria. Lo que no quiere decir que dichas sanciones muchas veces revistieran mayor gravedad que las pecuniarias, pues como es posible imaginarse la expulsión de un estudiante de una Universidad, es mucho más grave que la imposición de una multa.

Tampoco en esa especie de "paneo" parcial sobre la evolución de la potestad sancionatoria administrativa hemos podido, porque además no es el objetivo del trabajo, examinar aunque fuese en líneas generales un aspecto sensible de esa potestad, como es el "poder de policía"; no obstante observamos que reposaba en manos de los Gobernadores, Prefectos y Jefes Civiles, los cuales mediante códigos o leyes de policía dictados por los órganos legislativos regionales y municipales, eran facultados para imponer la pena corporal de arresto por un número de días que generalmente no excedía de quince, con la particularidad de que esa pena era impuesta de plano, es decir, sin ningún tipo de procedimiento previo. Siempre la orden de arresto, como en el antiguo régimen, estaba fundada en la supuesta necesidad de proteger al orden público.

Cabe destacar en esa línea argumental que el ejercicio de esa potestad, por supuesto por titulares de órganos administrativos, como los gobernadores, prefectos y jefes civiles se mantuvo durante la vigencia de la

Constitución de 1961, y en ese sentido cabe recordar que en la década del ochenta del siglo pasado, aunque parezca anecdótico, ocurrió un suceso reseñado ampliamente por la prensa nacional de la época, que revela la existencia de ese famoso "poder". Se trató de la orden de arresto, basada precisamente en el Código de Policía del extinto Distrito Federal, dictada por el Gobernador de esa extinta entidad Federal contra un conocido político de oposición. Los agentes policiales a sabiendas que el político se encontraba en un acto en la sede del Parlamento Nacional lo esperaron a la salida para cumplir la orden, pero como éste salía en compañía de un Embajador acreditado ante Venezuela, se abrazó al representante diplomático e intentó entrar al automóvil de éste, para evitar ser arrestado.

Esta anécdota, aunque pueda reputarse como expresión de una circunstancia atípica, revela hasta donde podía llegar la potestad sancionatoria de la Administración Pública, aun en las postrimerías del siglo XX en Venezuela, al punto que podía ser utilizada como mecanismo de represión política, que era lo que usualmente ocurría hasta la década de los cuarenta. No está demás señalar que algunos Presidentes de la República han añorado públicamente la inexistencia de la misma. A mayor abundamiento sobre la realidad del "poder de policía", inclusive hasta después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, conviene destacar que en el año 2001 la Sala Constitucional anuló varios artículos del Código de Policía del Estado Bolívar, porque además de la sanción de arresto impuesta por las autoridades administrativas, les confería a éstas la facultad para imponer la de confinamiento y expulsión de un ciudadano del territorio del Estado (sic).

En fin, de la revisión, ciertamente muestral, de los instrumentos normativos antes identificados, es posible derivar las siguientes conclusiones sobre el origen y evolución de la potestad sancionatoria de la Administración Pública : a) Presumimos, pues carecemos de datos históricos y doctrinarios al respecto, que el origen de la potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana, se encuentra en la recepción del sistema normativo originado en la Revolución liberal europea y norteamericana, el cual admitió en algunos países el quiebre del principio de separación de poderes, al permitir que la Administración ejerciese la potestad punitiva.

b) Pareciera que debe validarse la hipótesis acerca del paralelismo en el ejercicio de la potestad punitiva, por parte de los jueces y la Administración Pública; c) ese paralelismo aparece en el siglo XIX sesgado hacia el Poder Judicial, cuyos órganos además de sancionar personas que hubieren

cometido delitos, sancionaban a las personas que incurrían en lo que hoy conocemos como infracciones administrativas, correspondiéndole a la Administración ejercer su poder de sancionar básicamente en el ámbito de las hoy denominadas "relaciones de sujeción especial".

d) En el siglo XX, el referido sesgamiento en el ejercicio de la potestad bajo examen desaparece, al acotarse estrictamente en los instrumentos normativos los distintos ámbitos de actuación de los Tribunales y de la Administración, en el sentido de que a los primeros va a corresponder imponer sanciones penales, y a la segunda sanciones administrativas; e) debe subrayarse que ese proceso de implantación de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, no obedeció a un proceso planificado por las autoridades estatales, como ocurrió en ciertos países europeos, mediante la despenalización de ciertos delitos, que pasaron a detentar la categoría de infracciones; y por consiguiente, a ser conocidos por los órganos administrativos competentes.

f) Además el referido proceso, en vista de la ausencia de una norma constitucional hasta 1999, que le sirviera de fundamento, se legitimó, básicamente primero por el consentimiento tácito de los órganos jurisdiccionales, y después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, por la doctrina derivada de varias sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno y en Sala Político Administrativa, que condicionó la validez del ejercicio de dicha potestad por la Administración Pública, al respeto matizado de las garantías propias del principio de legalidad penal, contemplado en el artículo 69 del mencionado texto constitucional.

g) Aparejado a la potestad sancionatoria de la Administración corre el ejercicio del denominado "poder de policía" de los Gobernadores de Estado, prefectos y jefes civiles, que les permitía imponer de plano la pena corporal de arresto; y h) se observa a partir de los inicios del siglo XX la tendencia a establecer como sanción administrativa la conversión de la multa en arresto, la cual encuentra expresión, inclusive en algunos textos legislativos sancionados con posterioridad a la Constitución de 1961, e igualmente se observa que tres textos legislativos, dos de ellos sancionados durante la vigencia de la Constitución de 1961, y el otro durante la vigencia de la Constitución de 1999, todos relacionados con el ejercicio del Poder Judicial, facultan a los jueces y magistrados para imponer la sanción corporal de arresto hasta por quince días.

1.4. **La delimitación conceptual de los términos implicados en el trabajo**.

1.4.1. **Fundamento de la potestad sancionatoria de la Administración**.

1.4.1.1. **La vinculación del fundamento de la potestad sancionatoria administrativa al** *ius puniendi* **único del Estado**. Es cierto que la atribución de esta potestad a la Administración Pública quebranta el principio de la separación de poderes, cuya aplicación, como hemos indicado, conduce teóricamente a conferir el monopolio de la potestad punitiva estatal al Poder Judicial, sistema este que –reiteramos– hoy no encuentra recepción en casi ningún país, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español en la sentencia número 77 del 3 de octubre de 1983, al afirmar que: "No cabe duda que en un sistema que existiera de manera estricta sin fisuras la división de poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado históricamente, y es lícito dudar de que fuera incluso viable" .

Debido a la necesidad del quebrantamiento de un principio tan importante, como la separación de poderes, para la legitimación de la potestad sancionatoria de la Administración, es necesario hacer notar que sobre la validez de esta potestad se ha generado desde hace mucho tiempo una importantísima discusión doctrinaria, que en términos generales puede afirmarse que actualmente se encuentra superada, por existir prácticamente un consenso, basado en el predicamento de un poder punitivo o *ius puniendi* único del Estado, que se desagrega en dos manifestaciones o expresiones, a saber: la potestad punitiva penal, lógicamente ejercida por los Tribunales penales, y la potestad punitiva administrativa, ejercida por la Administración Pública, de tal manera que el fundamento de ésta, al igual que el de la primera, estaría estrictamente vinculada al referido poder punitivo general y necesario de todo Estado, pues se insiste en que se trata de dos manifestaciones del mismo poder.

Planteada en esos términos sintéticos la tesis dominante, debe admitirse entonces, desde el punto de vista teórico, que la potestad sancionatoria de la Administración no está concebida básicamente en función del carácter servicial de ésta, a que alude el artículo 141 de la Constitución, sin que pueda negarse su vinculación con dicho carácter, pero sin llegar a configurarse una relación causa efecto; y por ende, para el logro de objetivos o fines que se le atribuyen, razón por la cual su ejercicio

debe estar revestido de las mismas garantías, con las correspondientes "matizaciones", que el de la potestad penal.

1.4.1.2. **La tesis de la "mixtificación" de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, y sus eventuales consecuencias**. El anterior criterio no es compartido totalmente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el cual en sentencia del 2 de agosto de 2001, al intentar definir el Derecho Administrativo Sancionador, puntualizó en relación a ese punto que:

"...el objeto de estudio y aplicación del Derecho Administrativo Sancionador es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad pública.

Esto es así, debido a la necesidad de la Administración de contar con los mecanismos coercitivos para cumplir sus fines, ya que de lo contrario la actividad administrativa quedaría vacía de contenido ante la imposibilidad de ejercer el *ius puniendi* del Estado frente a la inobservancia de los particulares en el cumplimiento de obligaciones que le han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y las necesidades de la colectividad".

La lectura de la sentencia transcrita parcialmente revela ciertamente que la Sala Constitucional no comparte el indicado criterio, pero además resulta un tanto confusa, porque debemos destacar que en la primera parte del fallo hace suya la tesis del *ius puniendi* único, y afirma que la potestad sancionatoria de la Administración es una de las dos manifestaciones de ese poder, la cual, como ya indicamos, excluye como fundamento de dicha potestad esa relación causa efecto entre ella y el logro de los cometidos estatales, sin que eso quiera decir –insistimos– que no exista relación alguna entre potestad y logro de dichos cometidos, y más aún, carezca de relevancia. En ese orden de ideas no dejamos de reconocer que un autor como NIETO (1994) en España, se distancia de la aludida tesis mayoritaria acerca del poder punitivo único del Estado, como sustentador del poder administrativo bajo examen, para postular que en realidad ella no es más que una potestad anexa a la potestad general de gestión de los intereses públicos atribuida a la Administración.

En esa línea argumental Nieto aboga por reformular el concepto de Derecho Administrativo Sancionador, diferenciándolo del Derecho Penal,

para a partir de esa diferencia ubicarlo en el Derecho Público Estatal, y por consiguiente elaborar postulados y principios propios, que sin sacrificar los asociados al principio de legalidad penal, se ajusten al carácter administrativo de dicha rama, porque al fin y al cabo el Derecho Penal es un derecho garantista, y el Derecho Administrativo es un derecho presidido por la idea de gestionar el interés general, que hace uso de los postulados penalísticos cuando ejerce la potestad sancionatoria, porque todavía no han logrado elaborarse los indicados postulados y principios propios.

De la argumentación anterior se evidencia que la tesis recogida en la sentencia transcrita parcialmente, podría calificarse de "mixta", articulada en un razonamiento totalmente pragmático, en virtud de que une sin más, dos posiciones que cuando se plantean tal como lo hace la sentencia en forma casi yuxtapuesta, tienden a ser excluyentes, acerca del fundamento de la potestad sancionatoria de la Administración Pública. Y reiteramos que no negamos que la potestad sancionatoria sea importante para que la Administración logre sus cometidos, que por cierto no están vinculados únicamente con el logro de que los ciudadanos contribuyan con las cargas públicas, como dice la sentencia, ya que no es la única potestad atribuida a la Administración para tornar eficaz su gestión, y más concretamente, para que los particulares den cumplimiento a sus obligaciones, traducidas básicamente en órdenes y prohibiciones, pues es harto conocido que también se puede lograr ese objetivo recurriendo a figuras distintas a las sanciones, tales como las nulidades, las caducidades, y la resolución de contratos en el ámbito de la contratación administrativa.

Pero aparte de esas observaciones, lo más importante de destacar es que de admitirse la "mixtificación" en los términos del referido fallo, ello podría conducir también a la mixtificación del régimen de ejercicio de la potestad sancionatoria por la Administración, con los riesgos para las garantías ciudadanas que más adelante señalamos. En cambio, si se llega a la conclusión de que la potestad bajo examen es una expresión de la potestad punitiva única del Estado, por cierto ahora constitucionalizada, ello implicaría necesariamente que ese régimen sería esencialmente garantista, equiparable al de aplicación de la potestad punitiva penal, sin que ello autorizase a negarse a conceptuarla como un instrumento que sirve a la Administración para la consecución de los cometidos, pero en el entendido de que siempre se privilegiaría su naturaleza asociada a la señalada potestad punitiva única del Estado, sobre el carácter servicial de la Administración Pública, lo que haría necesario que su ejercicio se ajustase al régimen garantista ya aludido.

Pues bien, cualquiera de las dos tesis acerca del fundamento de la potestad sancionatoria de la Administración (expresión de potestad punitiva única del Estado y herramienta otorgada en función del carácter servicial de la Administración), puede imponerse en un determinado país, aunque actualmente luce dudoso que la segunda encuentre respaldo, pero en todo caso ambas merecen ser discutidas. Sin embargo, –insistimos– en que el problema puede ser mayor cuando ellas se mixtifican, porque ello daría pie a que en algunos casos, de manera discrecional, en la aplicación o ejercicio de la potestad bajo examen, el órgano administrativo competente pueda privilegiar el carácter servicial de la Administración, sobre las garantías formales y materiales, que deben brindarse a los ciudadanos frente a las actuaciones sancionatorias en que se traduce el referido ejercicio, lo que por cierto parece estar ocurriendo, y lo que es más grave, legitimado por algunas recientes sentencias de la Sala Constitucional que examinaremos más adelante.

En fin, suscribimos la tesis mayoritaria que partiendo de la prédica de un *ius puniendi* único, postula que la potestad sancionatoria de la Administración Pública es una manifestación o expresión del mismo, razón por la cual en su aplicación, la Administración, pese a su carácter servicial debe privilegiar, llegado el caso, el pleno respeto a las garantías derivadas precisamente de ese poder punitivo general único, recogidas en el principio de legalidad penal, con las matizaciones que corresponda, sobre la tutela del interés general que le asignan la Constitución y las leyes. No obstante, debe quedar claro que a pesar de que la potestad sancionatoria de la Administración Pública es una manifestación de la potestad punitiva única del Estado, los actos derivados del ejercicio de la misma son administrativos, ya que ese ejercicio corresponde a órganos administrativos, en aplicación también de normas administrativas, los cuales deben actuar regidos por un procedimiento indudablemente administrativo, y en su actuación están sujetos al control de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

Cabe advertir que puede darse el caso de que órganos que no integren el aparato organizativo de la Administración Pública, excepcionalmente puedan, ejercer la potestad sancionatoria administrativa, como por ejemplo, los Tribunales y el Tribunal Supremo, cuando imponen sanciones pecuniarias y sanciones corporales (arresto), de carácter disciplinarias, pero en esa hipótesis esos órganos jurisdiccionales, al no dictar sentencias en un proceso penal, es evidente que ejercen sustancialmente la potestad sancionatoria administrativa.

1.4.2. **Justificación de la potestad sancionatoria de la Administración Pública**. Una vez dejados atrás los debates teóricos acerca de la violación del principio de separación de poderes, principio este presente con matizaciones en todas las Constituciones modernas, por el conferimiento de la potestad sancionatoria a la Administración Pública, máxime si se toma en cuenta la conceptuación de la misma como una manifestación del *ius puniendi* único y superior del Estado, con el otorgamiento de las consiguientes garantías ciudadanas que ello implica, la potestad bajo examen emerge como realidad necesaria, cuyo ejercicio si bien no aparece en función del carácter servicial de la Administración, tampoco se puede negar que tiene una utilidad relevante en el logro de las finalidades asignadas a ésta.

Por ese motivo la doctrina se ha encargado de justificar la coexistencia de esa potestad con la sancionatoria penal, y en tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) ha invocado razones pragmáticas derivadas de la imposibilidad que presentan los sistemas de justicia penal, de suyo colapsados por la gran cantidad de causas que deben conocer y decidir, en casi todos los países, para conocer también las múltiples infracciones administrativas en que incurren los ciudadanos. Planteada así la situación, se trataría de una verdadera división del trabajo, en función de la naturaleza de la infracción, que obedecería básicamente a políticas legislativas destinadas a optimizar el ejercicio del *ius puniendi* único del Estado.

En esa misma línea de razonamiento PARADA (1998), trae a colación los ejemplos de Alemania, Italia y Portugal, países que en la década de los ochenta del siglo pasado se vieron constreñidos a despenalizar un conjunto de contravenciones que hasta la fecha eran conocidas por los jueces penales, y atribuírselas a la Administración Pública, lo que obviamente constituyó un reconocimiento a la imposibilidad de sus sistemas de justicia penal para atender ese tipo de contravenciones, transitando de esa manera la ruta pragmática aludida por García de Enterría, al convertirlas en infracciones administrativas, para que su conocimiento pasara, con la consiguiente imposición de sanciones, a ser competencia de la Administración Pública.

Finalmente, PAREJO (1996) afirma que el conferimiento de la potestad sancionatoria a la Administración Pública, "responde a una necesidad práctica o real, organizativa y de funcionamiento del Estado en el cumplimiento de su función, necesidad que la evolución misma del Estado no ha hecho más que incrementar".

Por nuestra parte, consideramos que en Venezuela resulta válido el argumento fundado en las razones pragmáticas manejadas por la doctrina española. Inclusive si la Constitución de 1999 no hubiese consagrado, o mejor dicho, convalidado a la potestad sancionatoria de la Administración Pública, en virtud de que ha quedado demostrado supra que su ejercicio era considerado tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, como un hecho casi natural, hubiese resultado sumamente difícil plantear su eliminación, a los fines de concentrar toda la potestad punitiva del Estado en los órganos de la justicia penal. De modo, pues, que pareciera inútil proponer la discusión, inclusive en el plano estrictamente teórico, acerca de la justificación de esta potestad, pues no hay mejor justificación, aun en el ámbito jurídico, que la propia realidad, y la potestad sancionatoria de la Administración venezolana es una realidad que se aproxima a dos siglos de duración.

1.4.3. **La constitucionalización de la potestad sancionatoria de la Administración Pública**.

1.4.3.1. **Antecedentes: La legitimación jurisprudencial de la potestad sancionatoria de la Administración**. Hemos demostrado supra que la Administración comienza a ejercer en Venezuela la potestad sancionatoria, desde el mismo año 1830, aunque ninguna de las Constituciones anteriores a la de 1999, llegó a consagrarla, pese a su trascendental importancia. De todas maneras conviene recordar que su legitimación radicaba, en la mayoría de los casos, en instrumentos normativos de rango legal. Además a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, esa legitimación o si se quiere "relegitimación", va encontrar su fundamento en varias sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia, ya que ese máximo órgano judicial en una interpretación que podría considerarse actualmente a la luz del artículo 19 de la Constitución de 1999 como progresiva del artículo 69 del texto constitucional, consagratorio del principio de legalidad penal, que pautaba: "Nadie podrá ser juzgado sino por sus jueces naturales ni condenado a sufrir pena que no esté establecida por ley preexistente", y del artículo 60, ordinal 2º, que preceptuaba: "Nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta", declaró que cuando la Administración ejerciese la potestad sancionatoria estaba obligada a respetar las garantías implícitas en el referido principio de legalidad penal.

En efecto, en sentencia de fecha 9 de agosto de 1990, la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno se pronunció sobre la inconstitucionalidad de

los artículos 75 y 82 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo. En esa oportunidad la Corte declaró la incompatibilidad constitucional del artículo 82 de la citada Ley, que preceptuaba: "Toda infracción de la presente Ley no sancionada por ésta o por otras leyes, de su Reglamento o de sus Normas de operación, será castigada administrativamente con multa de quinientos bolívares (Bs. 500), a treinta mil bolívares (Bs. 30.000), según la clase y gravedad de la infracción". Basó dicha declaratoria en la falta de acatamiento por parte del legislador al principio de legalidad penal contemplado en los artículos 60, ordinal 2º y 69 de la Constitución vigente para esa fecha, en virtud de que no especificó el hecho infractor que daba lugar a la imposición de la multa (garantía de tipificación).

Posteriormente fue ratificada esa doctrina en sentencia de la misma Corte en Pleno de fecha 23 de febrero de 1996, mediante la cual resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra tres artículos de la Ley de Mercado de Capitales. Ese fallo contiene una motivación más explícita acerca de la obligación de la Administración de respetar en su actividad sancionatoria, las garantías derivadas del principio legalidad penal, y en tal sentido expresó la extinta Corte que el enunciado del ordinal 2º del artículo 60 de la Constitución era consagratorio del "principio de tipicidad de los delitos y de las penas", y que al efecto dicho artículo establecía que "nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones cuyo cumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta". Del mismo modo infirió que la legalidad de la acción exigida por esa norma, no sólo se refería a las sanciones privativas de la libertad, sino a cualquiera que recayese a título de pena sobre un sujeto del ordenamiento jurídico. En ese mismo orden de ideas la sentencia declaró que el principio de tipicidad de los delitos y las penas se inscribía dentro de los principios absolutos de la tutela de los derechos humanos.

De las sentencias reseñadas se desprende la indicada interpretación progresiva, más del artículo 60, ordinal 2º, que del artículo 69, de la Constitución de 1961 al exigirse como condición de validez del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, que el mismo comportase el pleno acatamiento a las garantías derivadas del principio de legalidad penal, especialmente las relativas a la tipicidad de la conducta infractora y la reserva legal. Por supuesto, que debe calificarse de loable la conducta de los magistrados de la extinta Corte Suprema de Justicia, al dictar sentencias de ese tenor, pero ya transcurrido suficiente tiempo, también debe reconocerse, en estricta puridad hermenéutica, que la Constitución derogada únicamente, y por lo demás de

manera explícita, consagraba el principio de legalidad penal, y en ese sentido resultaba coherente con la tradición constitucional anterior (23 Constituciones), y por tanto, excluía toda referencia a la potestad sancionatoria administrativa, pero insistimos en que se trató de una especie de interpretación *in bonus*, de los mencionados esquemas normativos, es decir, dirigida a tutelar derechos fundamentales de los ciudadanos.

Conviene dejar sentado que aunque la doctrina relativa a la interpretación del contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, emanadas de la Corte en Pleno, en ejercicio del control de la constitucionalidad no tenía carácter vinculante, todos los tribunales contencioso administrativos de la República la acogieron, originándose de esa manera, por obra de la jurisprudencia, una especie de tutela de las garantías de los ciudadanos frente al poder sancionatorio de la Administración Pública, y tal vez esa situación haya contribuido a abrir el camino para la consagración de la potestad sancionatoria de la Administración Pública en la Constitución de 1999.

1.4.3.2. **La norma constitucional y su iter constituyente**.

1.4.3.2.1. **Las "discusiones" en el seno de la Constituyente**. La constitucionalización de la potestad sancionatoria de la Administración Pública aparece en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución de 1999, el cual preceptúa:

"El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y **administrativas**, en consecuencia:

1. *Omissis.*

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o **infracciones** en leyes preexistentes".

Pues bien, debido a que el precepto transcrito legitima constitucionalmente a la Administración para ejercer la potestad sancionatoria, razón por la cual amplía el ámbito de aplicación del clásico principio de legalidad penal, recogido en todas las Constituciones anteriores, para convertirlo en principio de legalidad sancionatorio, y visto que el indicado precepto delinea, en nuestro criterio, un sistema de garantías ciudadanas frente al ejercicio casi siempre desproporcionado, por las razones antes expuestas, de la referida potestad, y visto igualmente tanto su novedad como su implicación en su carácter de atributo de un derecho mucho más amplio (el debido proceso),

introducido también por primera vez en la Constitución de 1999, consideramos necesario por razones didácticas y académicas, narrar sucintamente el "iter" que condujo a la aprobación del esquema constitucional bajo examen, pues entendemos que su conocimiento puede ser un elemento que puede ayudar a los operadores jurídicos en su interpretación.

En esa línea de razonamiento cabe destacar que el señalado dispositivo formaba parte del artículo 51 del Anteproyecto de Constitución sometido a la primera discusión de la Asamblea Nacional Constituyente, el cual regulaba el derecho al debido proceso y estaba integrado por diez numerales, correspondiéndole el numeral 5. La redacción original era la siguiente:

Artículo 51. "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y en consecuencia:

1. O*missis*

5. **Ninguna persona podrá ser condenada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos o faltas en leyes preexistentes, ni podrá aplicársele una pena no prevista en la ley. Se aplicará la norma más favorable al reo, aunque ésta fuere posterior a la decisión**.

Ahora bien, en la sesión de la Asamblea Nacional Constituyente del 23 de octubre de 1999, se sometió a primera discusión el aludido artículo 51, pero lamentablemente para la comunidad jurídica y para la comunidad en general, antes de iniciar la discusión, el Presidente de la Asamblea, propuso cambiar la metodología que se había aprobado en una sesión anterior, que consistía en que cuando un artículo tuviese varios numerales, debía procederse a discutir numeral por numeral, para pasar a la metodología de discutirlo en conjunto, es decir, como un todo, proposición que por razones obvias (mayoría abrumadora de la tendencia del Presidente, la cual funcionaba como "un todo") resultó aprobada inmediatamente. Quizás pueda parecer anecdótico, pero conviene recoger textual e íntegramente la motivación utilizada por el Presidente de la Asamblea al formular la referida proposición: "De tal manera que los constituyentes que tienen tiempo suficiente con el texto del artículo en la mano deben ya tener la opinión que le merece cada uno de los numerales importantes".

Ciertamente lamentamos, en lo particular, el cambio de metodología que se impuso en la Asamblea, porque si dicho artículo no era el más importante, seguramente era y es uno de los más importantes, para la tutela

de los derechos ciudadanos, en primer lugar, porque se pretendía regular el derecho al debido proceso, el cual como es dable imaginarse reviste la condición de necesario, para la defensa de cualquier otro derecho ciudadano; en segundo lugar, porque por primera vez se incluía en una Constitución venezolana, dicho derecho con esa amplitud, pues hasta esa fecha se regulaba solamente el derecho a la defensa, y a partir del mismo se teorizaba sobre el debido proceso. Y en tercer lugar, porque la amplitud de la concepción que lo presidía, quedaba reflejada no solamente en la cantidad de numerales que lo integraban (diez), sino en la importancia de los atributos contenidos en esos numerales, tales como el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, el derecho a ser oído, el derecho al juez natural, el derecho a no autoinculparse, el principio de legalidad sancionatoria, el *non bis in ídem*, y el derecho a solicitar indemnización al Estado, e inclusive al juez, por error judicial, retardo u omisión, que fueron los atributos del derecho al debido proceso que finalmente quedaron recogidos en el hoy artículo 49 constitucional.

Por supuesto, que una Constitución prácticamente sin historia como la nuestra, porque no hubo oportunidad para la discusión previa de las ponencias sobre los preceptos que la integraban por las universidades, las academias y en general las organizaciones de la sociedad civil, y que una vez introducido el anteproyecto el 12 de octubre de 1999, bastaron treinta y cuatro días para darle las dos discusiones estatutarias, otorgaba la oportunidad para que en las discusiones que se produjeran en el seno de la Constituyente se reparara medianamente la indicada falta de participación, sobre todo en cuanto concernía a determinados artículos de la misma que revestían una singular importancia.

Ciertamente que de no haberse aprobado la intempestiva proposición del Presidente de la Asamblea, se hubiera producido la discusión numeral por numeral, pudiendo quedar recogidas para la historia, y para el proceso hermenéutico posterior, las posiciones políticas, ideológicas, y hasta académicas de pocos o muchos de los Constituyentes sobre temas tan trascendentes como los regulados en cada uno de los diez numerales del mencionado precepto. Debe quedar claro que en los debates constituyentes son tan importantes las opiniones de las mayorías, como de las minorías, porque de ambas se nutre el intérprete de la Constitución.

Una vez narrado el anterior episodio que sin dudas puede parecer increíble que ocurra en la era actual en un proceso constituyente, se inició

con la nueva metodología la primera discusión del precepto que al final fue la única; no obstante, debe destacarse que cuando habían intervenido apenas cinco constituyentes, sobre aspectos meramente formales de dos o tres de los derechos regulados, salvo la intervención del Constituyente Brewer a la que nos referiremos más adelante, quedando treinta por intervenir en la discusión, una Constituyente por el Estado Táchira, por supuesto de la misma tendencia del Presidente, formuló una proposición en el sentido de terminar el debate con los cinco que habían intervenido en el mismo, que también merece la pena transcribirla textual e integralmente: "considero que todos estamos de acuerdo en que se debe garantizar el debido proceso; a eso se refiere el artículo que estamos analizando. El artículo está excesivamente largo y propongo, con carácter previo, que se nombre una comisión especial, con los abogados penalistas, que esa comisión no quede conformada por un número mayor de cinco constituyentes, pero que puedan participar todos los que quieran, y que se redacte el artículo conservando la esencia del mismo".

Desde luego que no es el caso analizar el tenor de la referida proposición, pero en cambio, si vale la pena destacar que el Presidente de la Asamblea inmediatamente apoyó la proposición previa, y argumentó que la Comisión redactaría el artículo en forma "más didáctica, más comprensible", y con ello se evitaría la intervención de los treinta constituyentes anotados. Como es casi lógico imaginarse la proposición fue aprobada, y de esa manera se cortó definitivamente el debate sobre un precepto constitucional de tanta trascendencia.

Ocurrió efectivamente de esa manera, porque el día siguiente 24 de octubre de 1999, la Comisión designada, integrada por cuatro Constituyentes, presentó un proyecto de artículo que fue aprobado por unanimidad, sin que se produjese ni una sola intervención sobre el mismo, que es el recogido con las correcciones de estilo en el artículo 49 de la Constitución, en virtud de que durante la segunda discusión ni siquiera fue sometido a la consideración de los asambleístas.

Reconocemos que todo el relato anterior podríamos haberlo evitado, pero en nuestra condición de docentes, visto que son pocos los estudiantes, abogados e inclusive profesores, por la razón que sea, que tienen acceso a los debates constituyentes, consideramos importante incluirlo en este libro, con la intención de que sirva de modelo negativo, es decir, para que se comprenda como no debe sancionarse un precepto fundamental en una

Constitución, y sobre todo para poner de manifiesto que en cualquier sociedad democrática el uso irracional de las mayorías siempre a la postre trae consecuencias imprevisibles.

1.4.3.2.2. **Alcance del artículo 49, num. 6, constitucional**. En cuanto concierne al dispositivo constitucional que nos interesa examinar (hoy artículo 49, num. 6), ha de advertirse que originalmente, como se desprende de la transcripción realizada *supra*, contemplaba únicamente a los delitos y a las faltas, y no incluía a las infracciones, concretamente aparecía concebido así: "Ninguna persona podrá ser condenada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos o faltas en leyes preexistentes, ni podrá aplicársele una pena no prevista en la ley. Se aplicará la norma más favorable al reo, aunque ésta fuere posterior a la decisión".

En la referida sesión del 23 de octubre de 1999 el Constituyente Brewer, que fue uno de los cinco que intervino antes de la suspensión de la discusión, reivindicó en una intervención muy corta la necesidad de ampliar el principio de legalidad penal contenido en la norma, para convertirlo en principio de legalidad sancionatorio, para de esa manera armonizarlo con el encabezamiento del artículo, del cual formaba parte el mencionado numeral, que pautaba que el debido proceso debía aplicarse tanto a las actuaciones judiciales como administrativas.

En esa oportunidad el Constituyente Brewer sostuvo que: "En relación con el numeral 5, sugiero cambiar la redacción ninguna persona podrá ser 'sancionada' en lugar de «condenada'. Esa palabra tiene una carga penal y la garantía del debido proceso se establece, como lo dice el encabezamiento del artículo 51, no sólo respecto de actuaciones judiciales sino de actuaciones administrativas. Por tanto pienso que más amplio sería decir que ninguna persona podrá ser 'sancionada por actos u omisiones que no fuesen previstos como delitos, faltas o infracciones'. Se trata de agregar aquí los conceptos de todo lo que se ha denominado en algún momento el derecho penal administrativo, relativo a las infracciones administrativas, que son parte también del debido proceso". En idénticos términos pasó la norma a la Constitución, y quizás ello se deba a que el Constituyente Brewer formaba parte de la Comisión de los cuatro que redactó todo el artículo 51, el cual finalmente fue aprobado sin ningún tipo de objeción pues, insistimos en que sobre la propuesta de la Comisión no se produjo ninguna intervención, y por consiguiente ningún debate, dispositivo que pasó a ser el artículo 49 de la Constitución vigente.

Es necesario admitir que la intervención del Constituyente Brewer resultó determinante para la constitucionalización de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, y aunque en su corta intervención no llegó a explicar la trascendencia de la norma, ni mucho menos profundizar sobre las connotaciones conceptuales que ella implicaba –tal vez porque la oportunidad no resultaba propicia–, incluso aunque trajo a colación la tesis ya superada para la época del "Derecho Penal Administrativo", debe reconocerse el referido carácter determinante de dicha intervención, pues de lo contrario se habría mantenido el clásico principio de legalidad penal, conservándose el desfase histórico entre legalidad sancionatoria de la Administración consagrada por instrumentos de rango legal, y la ausencia de fundamentación constitucional de la misma.

El mencionado desfase seguramente habría conducido a que por vía jurisprudencial se legitimara dicha potestad, máxime si se tiene en cuenta que de haberse aprobado el texto original del precepto, los jueces habrían contado con un soporte, inexistente en la Constitución de 1961, que consistía en que el encabezamiento del artículo predicaba – y así quedó recogido en la Constitución vigente– la aplicación del derecho al debido proceso a todas las actuaciones judiciales y **administrativas**.

Quizás si algo pudiera criticársele al Constituyente Brewer fue que su intervención dio lugar a que se suprimiera una parte del dispositivo original que recogía, y al mismo tiempo completaba, por supuesto, la configuración del principio de legalidad penal, consagratoria del principio de legalidad de las penas (*nulla poena sine lege*). En efecto, el dispositivo original adicionaba a continuación de la prohibición de sancionar por delitos o faltas no contemplados en leyes preexistentes, la interdicción para aplicar penas no previstas en la ley. Es cierto que cualquiera puede pensar, o mejor interpretar, que esta última interdicción está implícita en la primera, y tal vez esa tesis sería admisible sin mayores dificultades en el ámbito penal, aunque es preciso reconocer que la tendencia que se revela del examen de las Cartas constitucionales es a recogerla explícitamente, inclusive, en esos términos aparecía en el artículo 69 de la Constitución de 1961, que estatuía Nadie podrá ser condenado... **Ni a sufrir pena que no esté establecida en ley preexistente**".

Insistimos en que esa omisión no llegará a tener ninguna repercusión en el ámbito penal, pues el *nulla poena sine lege*, puede considerarse como un verdadero principio general del Derecho Penal, de tal manera que en los

ordenamientos democráticos y civilizados aunque no aparezca expresamente consagrado en un texto normativo siempre encontrará aplicación En cambio, la situación puede variar significativamente en el área de la Administración Pública, y la mejor demostración es que la constitucionalización de su potestad sancionatoria, pese a su innegable existencia desde principios del siglo XIX en casi todo el mundo occidental, es un hecho posterior a la segunda mitad del siglo XX. Y en Venezuela la situación, se presenta más grave todavía, debido a que esa constitucionalización se da a finales del año 1999.

Además no dejan de existir autores que siguen cuestionando la ruptura del principio de separación de poderes, a los fines de la consagración de la potestad sancionatoria administrativa y la cuestión cobra mayor importancia si se toma en cuenta la tendencia autoritaria en términos patológicos, que suele asociarse, por supuesto, a la ecuación autoridad-libertad que históricamente ha servido de base a la construcción del Derecho Administrativo, y que después de doscientos años no termina de desaparecer, y como se sabe en esa relación la autoridad está representada por la Administración y la libertad por el ciudadano.

De modo, pues, que la inexistencia de la disposición expresa de una norma constitucional que consagre la regla *nulla poena sine lege*, puede conducir a que una de las garantías fundamentales que debe rodear el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración, como es la reserva legal, con sus matizaciones en materia de infracciones, y sanciones, quede seriamente afectada, porque resultará sencillo para los teóricos de la Administración autoritaria admitir la reserva legal en materia de infracciones administrativas, pero también les parecerá sencillo negar esa garantía en el caso de las sanciones, razón por la cual la Administración en el ejercicio de la potestad sancionatoria estaría facultada para establecer por instrumentos de rango sublegal sanciones, a las infracciones tipificadas por instrumentos de rango legal, máxime si tiene en cuenta un argumento formal, pero ciertamente importante en todo proceso hermenéutico, como es el hecho cierto de que el *nulla poena sine lege* aparecía en el texto original del dispositivo, y como producto de los "debates constituyentes" fue suprimido, e inclusive también aparecía en la Constitución de 1961.

Pensamos que la referida supresión tuvo su origen en una omisión involuntaria, originada precisamente en la ausencia de discusiones, pues seguramente de haberse producido éstas, numeral por numeral, cualquiera de los Constituyentes se hubiera percatado de la misma, y habría pedido su

subsanación, de tal manera que pese al riesgo antes señalado, que de ninguna manera puede silenciarse, se impondrá la racionalidad en la interpretación del artículo 49, numeral 6, de la Constitución, aparejándose a la regla del *nulllum crimen sine lege,* categóricamente diseñado en el precepto, la regla del *nulla poena sine lege*, perfeccionándose de esa manera el nuevo principio de "legalidad sancionatorio", que insistimos es más amplio que el clásico de legalidad penal, el cual deberá irradiar su matiz garantista sobre el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana.

Por otro lado, reconocemos que resultó clave en el diseño del dispositivo constitucional bajo examen, la introducción del término infracción al lado de los delitos y las faltas, pues es bien sabido que los dos últimos responden a expresiones utilizadas tradicionalmente para identificar las conductas punibles penalmente, a las cuales se contrapone doctrinariamente el primero, en virtud de que es utilizado para identificar aquellas conductas que pese a infringir normas legales, son sancionadas por la Administración Pública.

Quizás hubiera sido preferible en aras de perfeccionar la consagración de la potestad sancionatoria de la Administración, dada la novedad que ella implicaba, seguir el modelo contenido en el artículo 25 de la Constitución española de 1978, que por cierto consagró por primera vez la potestad bajo examen, y califica a la infracción de **administrativa**. De todas maneras debido a la connotación doctrinaria que recibe tanto en Venezuela como en el Derecho Comparado, el término infracción, el cual en si mismo revela una contraposición a los delitos y las penas, estimamos que la indicada omisión, no afecta para nada a la potestad sancionatoria de la Administración Pública, delineada en la Constitución.

Conviene señalar que también hubiera sido muy útil, en el señalado delineamiento, pese a la indudable vigencia del artículo 44 constitucional, el cual establece que la libertad personal es inviolable, y que en consecuencia **ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti**, seguir el referido modelo español, y establecer aunque hubiera podido considerarse desde el punto de vista de la ortodoxia hermenéutica, como redundante, el contenido del apartado 3 del citado artículo 25 de la Constitución española, el cual estatuye que: "La Administración Civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de la libertad".

Este desiderátum, en nuestro criterio, está más que justificado, pues en páginas anteriores hemos demostrado que todavía están vigentes leyes dictadas cuando regía la Constitución de 1961, que contemplan la conversión de la multa en arresto, y lo que es peor están vigentes tres leyes, dos preconstitucionales, y una postconstitucional, sancionada esta última en el mes de mayo de 2004, que facultan a los titulares de los Tribunales (cualquier Juez), y a los seis Presidentes de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, para imponer la pena de arresto, en el primer caso hasta por ocho días, y en el segundo hasta por quince días. Y lo más grave de la situación derivada de la vigencia de los referidos textos legislativos, es que la Sala Constitucional ha dictado por lo menos tres sentencias en las cuales, pese a la innegable interdicción de este tipo de sanciones contenida en el citado artículo 44 constitucional, legitima a los jueces para imponer la aludida sanción de arresto.

No nos queda más que pensar que tal vez los jueces y los magistrados al declarar la compatibilidad constitucional de esas normas, sin dudas retrógradas, y en nuestro criterio francamente inconstitucionales, estén muy influenciados por el viejo "poder de policía" del antiguo régimen; de allí que una norma como la española resultaba un antídoto necesario frente a esas desviaciones autoritarias tanto de los legisladores, como de los titulares de los órganos jurisdiccionales.

1.4.3.2.3. **El desarrollo en el propio texto constitucional del postulado general sobre la potestad sancionatoria administrativa**. Ha de advertirse que el artículo 49, numeral 6, que en forma general le atribuye la potestad sancionatoria a la Administración Pública, está correlacionado con otros preceptos constitucionales, que revelan la voluntad de los constituyentes de delinear sistemáticamente dicha potestad, y que en cierto sentido constituyen ejemplos de su aplicación, en el propio texto constitucional. En efecto, el artículo 289, numeral 3, atribuye en términos categóricos a la Contraloría General de la República, la potestad de "...aplicar las **sanciones administrativas** a que haya lugar de conformidad con la ley", y el artículo 319 *ejusdem*, estatuye que el incumplimiento del Banco Central de Venezuela, sin causa justificada del objetivo y de las metas, dará lugar a la remoción del directorio y a **sanciones administrativas** de acuerdo con la Ley.

Igualmente los artículos 179, num. 5, y 275 constitucionales, atribuyen respectivamente a los órganos competentes de los Municipios, y al Consejo Moral Republicano, órgano del Poder Ciudadano, la potestad para imponer

**sanciones**, el primero en forma indirecta, pues al determinar los ingresos de los Municipios, incluye entre ellos al "producto de las multas y **sanciones** en el ámbito de su competencia". En cambio, en el segundo la atribución es directa, en virtud de que el citado precepto estatuye: "De no acatarse estas advertencias el Consejo Moral Republicano podrá imponer las **sanciones** establecidas en la ley".

Indudablemente que los cuatro dispositivos constitucionales, como indicamos antes, constituyen una clara aplicación del precepto general diseñado en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, los dos primeros porque utilizan literalmente la expresión **sanción administrativa**, la cual es conjuntamente con las infracciones y el procedimiento, uno de los tres ejes cardinales del concepto de potestad sancionatoria administrativa recogido en el antes citado artículo, porque como puntualizaremos más adelante, un órgano administrativo sólo puede ejercer la facultad de imponer sanciones, si previamente determina el encuadramiento de la conducta del ciudadano en un supuesto legal que tipifica una infracción, mediante la tramitación del correspondiente procedimiento. De tal manera que pareciera indudable que los artículos 289, num. 3 y 319 constitucionales, patentizan una aplicación o desarrollo del artículo 49, num. 6, de la Constitución.

También los otros dos artículos citados (179, num. 5 y 275) cumplen esa misma función, con la diferencia de que no aluden específicamente a sanciones administrativas, sino a **sanciones** a secas, pero el marco normativo en que aparecen insertados evidencia que tienen el carácter de **administrativas**. A esa conclusión se llega en relación con el primer dispositivo normativo, porque en él se alude a la sanción administrativa por antonomasia, como es la multa, y a continuación se agrega el término **sanciones** (multas y sanciones), con la finalidad de referirse a cualquier mal infligido a los ciudadanos que reporte **ingresos** para el Municipio, y en el segundo dispositivo, porque posee la naturaleza de una norma atributiva de competencia, y precisamente esa es la función que cumple al asignarle al Consejo Moral Republicano la potestad de imponer las sanciones previstas en la ley.

Y por si pudiera existir alguna duda acerca de la naturaleza de esas sanciones, la Ley Orgánica del Poder Ciudadano se encarga de disiparla, ya que en su artículo 47 establece que el referido órgano aplicará las sanciones de amonestación y censura, las cuales indudablemente poseen naturaleza administrativa. Por lo demás, ambos órganos son administrativos; de allí que resulte concluyente que las mencionadas **sanciones** a secas, deban reputarse administrativas.

En suma, la consagración de la potestad sancionatoria de la Administración Pública encuentra su formulación general en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, pero igualmente en el propio texto constitucional encuentra inmediata aplicación o desarrollo en los preceptos antes identificados y examinados.

1.4.3.3. **La potestad sancionatoria de la Administración sujeta al control del Poder Judicial**. Aunque lo reflejado en el título del acápite parezca obvio, en virtud del carácter didáctico de esta monografía, consideramos conveniente establecer la relación entre esta clase de potestad sancionatoria y la función que en defensa de la libertad, en términos generales, deben cumplir los órganos del Poder Judicial, y ello responde a que cualquiera persona ante la tesis que maneja la doctrina, a la cual nos adherimos, acerca del poder punitivo único del Estado, desagregado en la potestad punitiva penal y en la potestad punitiva administrativa, máxime si la admisión de ésta supone el quiebre del principio de separación de poderes, podría llegar a pensar atendiendo a rigurosos cánones de lógica formal, que ese desglose del referido poder punitivo estatal único, a la postre obedece a razones de política legislativa, y que por consiguiente una vez producido el mismo, así como el Poder Judicial agota su competencia punitiva penal en su propia estructura organizativa, incluyendo el ejercicio de los correspondientes recursos, así también la Administración Pública agotaría su competencia en su respectiva estructura organizativa, incluyendo el ejercicio de los denominados recursos administrativos, razón por la cual una vez ejercida su competencia, sus actos, colocados en la perspectiva de esa especie de corrección del sistema de separación de poderes, no estarían sujetos al control de ningún otro Poder, ni siquiera al Poder Judicial.

Desde luego, que esta tesis hasta mediados del siglo XX en relación con el mencionado "poder de policía", que al fin y al cabo era una expresión de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, tuvo una recepción en la Administración y en algunos sectores de la doctrina, porque no debe olvidarse que desde siempre, pese a la evolución que ha tenido el término policía, toda actividad que reciba ese calificativo, será **actividad administrativa**, y es muy probable que en algunos países haya pretendido extenderse a toda la actividad sancionatoria administrativa.

Sin embargo, la anterior tesis que puede obedecer a rigurosos cánones de lógica formal, carece de sustentación jurídica en el marco de los ordenamientos constitucionales actuales, pues si bien es cierto que se ha constitucionalizado a la potestad sancionatoria de la Administración Pública,

con el consabido quiebre del principio de separación de poderes, ello ha respondido básicamente a la idea de tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero de ninguna manera ese quiebre, porque sería absurdo, comporta una conversión transitoria –cuando la Administración ejerce la potestad– en Poder Judicial, que sería la única hipótesis que permitiría predicar la igualación entre la potestad sancionatoria de la Administración y la del Poder Judicial, y por consiguiente, autorizaría a propugnar la exclusión de los actos que resulten del ejercicio de la potestad de la primera, del control que debe ejercer el segundo.

Pero resulta que de conformidad con los principios generales que presiden a los ordenamientos jurídicos actuales, y por supuesto al venezolano, que la potestad sancionatoria es una potestad más, ciertamente revestida de cierta particularidad, de la Administración Pública, y cabe recordar que la potestad es la situación jurídica subjetiva más emblemática que poseen las Administraciones Públicas, ya que son atribuidas a las mismas para tornar operativo el logro de sus cometidos, siempre vinculados a la tutela del interés general, razón por la cual mediante su utilización los órganos administrativos, de manera unilateral imponen conductas a los administrados, pudiendo afectarles sus derechos subjetivos en diversos grados (modificación, constitución o extinción de situaciones jurídicas).

Pues bien, si la sancionatoria es una potestad de la Administración Pública, su ejercicio necesariamente origina, como ya hemos afirmado un acto administrativo, ya que ese ejercicio corresponde a órganos administrativos, en aplicación también de normas administrativas, los cuales deben actuar regidos por un procedimiento indudablemente administrativo. Por consiguiente, tratándose la sanción de un acto administrativo, rige la regla derivada del artículo 259 constitucional que crea la jurisdicción contencioso administrativa, y somete a los actos emanados de todo órgano administrativo, o de cualquier otro órgano que actúe en función administrativa, al control de los tribunales de esa jurisdicción.

Quizás sea oportuno recordar que desde la década del ochenta del siglo pasado fue superada en Venezuela la doctrina obsoleta de los "actos excluidos del control jurisdiccional", de tal manera que todo acto del Poder Público está sujeto, por razones de ilegalidad o de inconstitucionalidad, o por ambas, al control del Poder Judicial; de allí entonces la innegable sujeción de la Administración Pública, cuando ejerce la potestad sancionatoria, al control del Poder Judicial.

Como hemos afirmado que la sancionatoria, con sus particularidades, es una más de las potestades que el ordenamiento le atribuye a la Administración Pública, conviene sólo hacer notar en este acápite preliminarmente que partiendo de esa premisa habría que admitir que la potestad de autotutela, bajo sus modalidades declarativa y ejecutiva, cuyo ejercicio subyace a los resultados del ejercicio de todo el resto de las potestades de la Administración Pública, se extendería al de la potestad sancionatoria administrativa, lo que traería como consecuencia, como ocurre en Venezuela por cierto, que una vez dictada la decisión definitiva (sanción), por el órgano que tiene asignada la competencia exclusiva, inmediatamente sería ejecutable, independientemente de los recursos que se interpongan en sede administrativa o jurisdiccional, salvo que por vía cautelar sea suspendida esa ejecución.

Pero como este es un tema que aparece estrechamente vinculado a uno de los principios básicos que condicionan la validez de la potestad sancionatoria de la Administración, como lo es el de la presunción de inocencia, preferimos examinarlo en la oportunidad en que corresponda el estudio de las sanciones y sus efectos, pero de una vez apuntamos que el problema radica en que si se admite que la potestad de autotutela se extiende a los resultados del ejercicio de la potestad bajo examen, ciertamente el principio de la presunción de inocencia se verá seriamente afectado, por no decir suprimido.

1.4.3.4. **La titularidad de la potestad sancionatoria administrativa**. Por supuesto que la titularidad de la competencia sancionatoria administrativa corresponde, como regla general, a los órganos administrativos, pero excepcionalmente pueden poseer esa titularidad órganos que formalmente no pueden ser calificados como tales, como ocurre en el caso de los jueces cuando imponen sanciones disciplinarias. Debe admitirse, en principio, que esa especificación bastaría para comprender como opera el ejercicio de la potestad bajo examen, pues aludir a órganos administrativos competentes, supone la vigencia de una disposición normativa que los erija en el carácter de tales (norma atributiva de competencia). Así, por ejemplo es usual que la norma preceptúe que corresponde al Ministro imponer la sanción de destitución o de multa, etc. En esos casos obviamente, no se suscita ningún tipo de problema interpretativo.

No obstante, conviene advertir que en libros, en sentencias y en dictámenes usualmente se alude a la potestad sancionatoria de la Administración Pública, y no a la de un órgano administrativo determinado, razón por la

cual consideramos necesario hacer unas pocas precisiones acerca del alcance de la expresión Administración Pública, en el ordenamiento jurídico venezolano, la cual como expusimos en el Volumen II de nuestro Manual de Derecho Administrativo, desde la perspectiva subjetiva u orgánica es una mera abstracción conceptual, utilizada por la doctrina, la jurisprudencia y los legisladores, para referirse al conjunto de órganos nacionales, estadales y municipales, encargados de tutelar el interés público o general.

Ello obedece a que en Venezuela, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, como el español, la Administración carece de personalidad jurídica. En otros términos, no existe subjetivamente, lo que obliga en los ámbitos forenses, por ejemplo, cuando se intenta una demanda contra la Administración, a identificar el órgano, y más propiamente al ente del cual forma parte ese órgano, que será en definitiva el demandado, pues cabe recordar que los órganos son las unidades administrativas funcionales que sirven a las personas jurídicas o entes públicos para expresar su voluntad.

Si se atiende al anterior concepto de Administración Pública a los fines de presentar en forma sistemática a los titulares de la potestad administrativa sancionatoria, entonces debe aceptarse que en Venezuela es posible predicar la existencia de varias Administraciones Públicas; en primer lugar, está la Administración Pública, la cual responde a la acepción más amplia, ya que desde el punto de vista subjetivo u orgánico, comprende a cualquier órgano administrativo, independientemente de su ubicación en el nivel territorial correspondiente. En ese orden de ideas será Administración Pública el Consejo de Ministros, en tanto en cuanto ejerza funciones administrativas; la Dirección de Salud de la Gobernación de cualquier entidad Federal, y la Dirección de Rentas de cualquier municipalidad.

Igualmente entrará en ese concepto de Administración cualquier órgano de cualquier ente descentralizado funcionalmente, verbigracia un Instituto Autónomo, del Poder Nacional, de los Estados y de los Municipios. En segundo lugar, atendiendo a la integración vertical del Estado venezolano, existirá una Administración Pública nacional, una Administración Pública estadal y una Administración Pública municipal, y cada una de esas clases se dividen a su vez en Administración Central y Descentralizada funcionalmente, nacional, estadal y municipal.

Por lo tanto, en principio, cuando en Venezuela los textos legislativos aluden a la potestad sancionatoria de la Administración Pública, el operador

jurídico tiene que manejar todas las clasificaciones anteriores, las cuales ciertamente tienen un valor doctrinario, pero al mismo tiempo debe tener muy en cuenta en virtud de las garantías que rodean el ejercicio de dicha potestad, que resulta imperativo ubicar la respectiva norma atributiva de competencia, que será la única que le permitirá conocer a ciencia cierta el órgano administrativo titular de la potestad.

De allí que cuando en el rol de legislador se pretenda diseñar la potestad sancionatoria, será erróneo desde el punto de vista técnico jurídico, atribuir su ejercicio a una Administración Pública, pues recordamos que esa expresión responde sencillamente a una abstracción conceptual. Por supuesto, que para poder ajustarse a la técnica legislativa se requiere que la norma atributiva esté referida a determinado órgano administrativo. Reiteramos, entonces que en principio la potestad sancionatoria debe ser atribuida a órganos administrativos, que como se sabe integran únicamente entes públicos; sin embargo, debe tenerse presente que en el seno de la doctrina administrativa moderna existen serias discusiones acerca de la factibilidad de atribuir esa potestad a órganos de las empresas del Estado, que como se sabe son personas jurídicas de derecho privado, e inclusive a los concesionarios de servicios públicos. En todo caso, la dilucidación de un asunto como éste, sólo puede realizarse a partir del examen del correspondiente Derecho positivo.

Finalmente, no podemos dejar de referirnos en estos rasgos generales acerca de la potestad sancionatoria administrativa, al caso del ejercicio de este tipo potestad por órganos que no son susceptibles de ser encuadrados dentro de ninguna de las ramas de la Administración Pública antes identificadas, y en tal sentido es importante destacar previamente que pese a la inocultable inexistencia de esa gran madeja organizativa de la Administración Pública, desagregada en las mencionadas ramas, no resulta posible a la luz del ordenamiento jurídico venezolano predicar que ella posee el monopolio de la función administrativa, o en otros términos, que sólo los órganos que conforman a la Administración están facultados para emanar actos administrativos.

En efecto, un somero examen del ordenamiento demuestra que tanto los órganos legislativos, como los judiciales, ciertamente en contados casos, ejercen la función administrativa, cuando ella es conceptuada desde el punto de vista sustancial, y ello ocurre básicamente cuando los órganos de esos Poderes Públicos, como apunta COSCULLUELA MONTANER (1993), desempeñan actividades de carácter relacional con los administrados y con su

personal. No es el caso entrar a examinar *in toto* ese tipo de actividad, sino hacer notar la parte de ella estrechamente relacionada con la potestad sancionatoria disciplinaria de esos órganos, cuyo ejercicio puede conducir, por ejemplo, a imponerle la sanción de destitución a uno de los empleados que le presta servicios.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando un juez destituye a un escribiente, o cuando la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial, o los tribunales disciplinarios judiciales prevenidos constitucionalmente, suspenden o destituyen a un juez, o cuando la Asamblea Nacional remueve –debería ser destituye– a un magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, o el Presidente de esa misma Asamblea destituye a uno de los funcionarios que presta servicio en el órgano legislativo.

También ejercen la función sancionatoria administrativa, aunque en algunas sentencias de la Sala Constitucional que examinaremos más adelante, se considere función jurisdiccional, los jueces de cualquier jerarquía cuando imponen la pena de arresto hasta por ocho días a los abogados o a las partes que intervienen en los juicios, o cuando cualquiera de los Presidentes de todas Salas del Tribunal Supremo de Justicia, imponen la misma sanción, pero hasta por un lapso de quince días.

En suma, la regla general es que la potestad sancionatoria administrativa esté radicada casi totalmente, como es obvio, en la Administración Pública, pero también los órganos del Poder Legislativo y del Poder Judicial están facultados para ejercerla, sin que por ello pierda su condición de administrativa, en contados casos, todos ellos derivados de la ejecución de actividades de carácter relacional con los administrados y con su personal.

1.4.3.5. **Una aproximación a la definición de la potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana**. Todos los rasgos generales examinados anteriormente sobre la potestad sancionatoria administrativa nos permiten ensayar una definición sobre la misma, en los siguientes términos: Es la situación de poder originada en una norma expresa de la Constitución que faculta a la Administración Pública para infligir un mal a los ciudadanos, que en términos generales no se traduce en privación de la libertad, cuando éstos infrinjan una orden o prohibición definida en una norma legal, previa determinación de la culpabilidad del imputado, mediante el debido procedimiento administrativo.

De la lectura de la definición propuesta se colige que tiene un carácter básicamente descriptivo, pero también operacional, dado que nos permitirá orientar el desarrollo de la monografía. En efecto, aparte del concepto mismo de potestad que damos por conocido, articulamos la definición en los que consideramos los tres ejes básicos de la potestad sancionatoria en general, y en particular de la administrativa, a saber: a) las infracciones, que por supuesto están estrechamente vinculadas con el principio de tipificación y con la reserva legal; b) las sanciones administrativas, también vinculadas con las garantías de la tipificación y la reserva legal; y, c) el debido procedimiento previo. Todos esos ejes encuentran un sólido sustento normativo configurado en forma de garantías en el artículo 49 de la Constitución, y más específicamente en los numerales 1, 2, y 6 de dicho artículo. En los próximos capítulos nos dedicaremos a examinar cada uno de esos tres ejes de la potestad sancionatoria administrativa.

## CAPÍTULO II

## LAS GARANTÍAS DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD SANCIONATORIO

2.1. **Premisa introductoria** (garantía material y garantía formal). En el capítulo anterior demostramos que con la constitucionalización de la potestad sancionatoria administrativa en el texto constitucional de 1999, el clásico principio de legalidad penal recogido en todas las Constituciones anteriores había ampliado significativamente su alcance para convertirse en "principio de legalidad sancionatorio", lo que responde por lo demás a la tesis del "*ius puniendi* único" del Estado. Ahora bien, cualquier estudio que se pretenda realizar sobre la mencionada potestad, debería estar articulado sobre tres ejes básicos: las infracciones, las sanciones y el procedimiento, en el entendido que el principio de legalidad sancionatorio (art. 49. num. 6, const.) abarca a las dos primeras, en tanto en cuando erige en garantías a la tipificación y a la reserva legal, mas no al procedimiento, el cual aparece recogido en el mismo artículo 49, numeral 1, también de la Constitución.

Pues bien, seguiremos a ese esquema conceptual en el desarrollo del trabajo, con la particularidad de que el capítulo relativo a las **infracciones**, en razón de que tanto infracciones como sanciones constituyen el núcleo esencial del principio de legalidad sancionatorio, y sobre todo que ese núcleo cobra virtualidad jurídica en función del carácter garantista del principio, tal como lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia española, hemos decidido transformarlo en un capítulo destinado a examinar en térmi-

nos generales las garantías derivadas del principio de legalidad sancionatorio, por supuesto vinculándolo al ejercicio de la potestad por parte de la Administración Pública. Colocados en la referida perspectiva el examen recaerá básicamente sobre el análisis de las infracciones y en menor medida en las sanciones. El otro capítulo lo dedicaremos a complementar el análisis de las sanciones administrativas, desde la óptica sustantiva, y el capítulo final al estudio del procedimiento administrativo sancionatorio, pero debemos aclarar que nos referiremos únicamente a los principios generales de dicho procedimiento, sin entrar a examinar cada uno de los elementos integrantes de las fases que lo conforman, en virtud de que ello escapa a los objetivos del presente trabajo. Por supuesto, que una vez delineados esos lineamientos generales, pasaremos a constatar su eventual aplicación en el ordenamiento jurídico venezolano.

Cabe por último destacar que las indicadas garantías han sido clasificadas en formales y sustanciales, clasificación que sistematiza y contextualiza constitucionalmente a los elementos en que tradicionalmente se ha desagregado el referido principio de legalidad, a saber: la exigencia de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*. La conversión de esos elementos funcionales manejados durante mucho tiempo en el ámbito penal, resulta, en nuestro criterio, positiva, en primer lugar, porque enfatiza el carácter garantista que siempre ha tenido el principio, y en segundo lugar, porque refuerza ese carácter, al vincular el debido principio de la tipificación a la reserva legal, originando una especie de nudo normativo que se traduce en la realidad en garantías constitucionales maximizadas de los ciudadanos, frente al inmenso poder sancionatorio, excepcional o no, que actualmente posee la Administración Pública, sobre todo la venezolana.

Conviene traer a colación siguiendo esta línea argumental la sentencia del Tribunal Constitucional español, de fecha 29 de marzo de 1990, que abrió el camino, tanto jurisprudencial como doctrinariamente, para la consolidación de la tesis sobre las garantías implicadas en el principio bajo examen, la cual es del tenor siguiente:

"...Dicho principio comprende una doble garantía: *la primera de orden material y alcance absoluto*, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos, y supone la imperiosa necesidad de *predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes*, es decir, la existen-

cia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a que atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; *la segunda de carácter formal* relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal".

De modo, pues, que conforme a la sentencia transcrita las garantías implicadas en el principio de legalidad sancionatorio son de orden material y formal, y se corresponden con la denominada tipicidad o mandato de tipificación y la reserva legal respectivamente, las cuales pasamos a estudiar a continuación.

2.2. **La garantía material: tipicidad o tipificación**.

2.2.1. **La ley previa (*lex previa*).**

2.2.1.1. **Planteamiento general**. La garantía material se desagrega en dos elementos: la ley cierta y la ley previa. Respecto de este último señala NIETO (1994) que en el proceso de consolidación del principio de legalidad penal, la primera exigencia fue la relativa a la necesidad del mandato de tipificación en una norma previa, con la finalidad de lograr la tutela de la seguridad jurídica de los ciudadanos frente al poder punitivo del Estado, pues de esa manera la garantía adquiría una doble vertiente siempre a favor de los ciudadanos, pues éstos conocían de antemano las conductas calificadas por la ley como punibles, y correlativamente al Estado se le establecía la prohibición absoluta de intentar imponer sanciones por conductas que no estuviesen tipificadas en la Ley. Por supuesto, que esta primera concepción, va a ser perfeccionada en función de optimizar la garantía en comento, y es así como posteriormente se llega por vía normativa a la exigencia de la ley cierta (*lex certa*), que examinaremos más adelante.

En la actualidad la garantía de la denominada ley previa, y también la ley cierta, o mejor la exigencia del mandato de tipificación, en los términos indicados, aparece fundamentado, según GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) y SANTAMARÍA (1999), en primer lugar, en el principio de libertad, que en Venezuela aparece elevado a valor superior del ordenamiento en el artículo 2 de la Constitución. En ese sentido señalan los mencionados autores que en virtud de que la libertad es la regla general de comportamiento de los ciudadanos, cualquier prohibición o restricción de la misma, configuradas como conductas sancionables, por supuesto, que constituyen una excepción, motivo por el cual deben estar predeterminadas normativamente.

Y en segundo lugar, en el principio de seguridad jurídica, que pese a que la Constitución de 1999 no lo contempla específicamente, como sí ocurre en el artículo 9.3 de la española, y apenas aparece mencionado tangencialmente en relación con el desarrollo armónico de la economía nacional en el artículo 299 *ejusdem*, no es menos cierto que el mismo ha sido elevado desde hace bastante tiempo por la doctrina y la jurisprudencia nacional, a la categoría de principio general del derecho. Siendo así no cabe duda que el respeto a la seguridad jurídica impone la indicada predeterminación normativa tanto de las conductas sancionables, como de las respectivas sanciones, para de esa manera suprimir el ámbito de indeterminación en que quedarían colocados los ciudadanos, con respecto a conductas que a posteriori pudieran ser declaradas por la Administración como sancionables, que es precisamente el impedimento que se configura con la exigencia de la ley previa y cierta.

En fin, la garantía material de la tipificación, y más concretamente de su expresión a través de la ley previa, es también en Venezuela una consecuencia necesaria de los indicados principios de libertad y de seguridad jurídica, que en términos operacionales crea la obligación del Estado de definir previamente en una ley, los comportamientos que se reputan prohibidos a los ciudadanos, e igualmente a enumerar las sanciones aplicables a los que incurran en dichos comportamientos. Así, –insistimos– tanto ciudadanos como autoridades administrativas saben a que atenerse, ya que tanto si los primeros ignoran las aludidas prohibiciones, y las segundas imponen penas por comportamientos no prohibidos, ambos actuarían al margen de la Ley, y se harían susceptibles de las correspondientes sanciones.

Cabe señalar que normalmente se tiende a olvidar que el atributo de la "ley previa" como expresión de la garantía material en comento, se extiende también a las sanciones, y es por ello que en el principio de legalidad está comprendido el *nulla poena sine lege*, de tal manera que esta garantía se perfeccionará solamente si a la par de las conductas sancionables, también se determinan previamente las sanciones correspondientes a cada una de ellas, de tal manera que la *lex previa* implica la predeterminación normativa tanto de la infracción como de la sanción.

Por supuesto, que no existe un molde de técnica legislativa para realizar esa predeterminación, ya que puede establecerse en la misma norma la infracción y la sanción. Pero igualmente resulta viable utilizar la técnica de definir en determinados preceptos las infracciones, y en otros las sanciones, e inclusive nada obsta para que una vez tipificada la infracción en una ley, pueda reenviarse la sanción a otro texto legislativo que la contemple.

Sobre la exigencia de la ley previa el dispositivo constitucional contenido en el artículo 49, numeral 6, resulta sumamente claro, al pautar que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no hayan sido calificados como infracciones por **leyes preexistentes**. Debe reconocerse que la misma claridad no puede predicarse, por las razones que expusimos en el capítulo anterior, sobre la ley previa en materia de las correspondientes sanciones, en el cual –recordamos– concluimos que de todas maneras debía considerarse incluido en el principio de legalidad sancionatorio.

2.2.1.2. **La ley previa y la retroactividad e irretroactividad de las normas sancionatorias.**

2.2.1.2.1. **La irretroactividad de las normas sancionatorias desfavorables**.

2.2.1.2.1.1. **El principio general derivado de la Constitución**. En Venezuela rige el principio de la irretroactividad de las leyes en general, recogido en el artículo 44 de la Constitución de 1961, y mantenido en casi idénticos términos en el 24 del texto constitucional de 1999. Previamente ha de advertirse que durante la vigencia de la primera de las mencionadas Constituciones, se impuso una tesis jurisprudencial que preconizaba en términos absolutos la irretroactividad, independientemente de la norma de que se tratase o de la institución regulada en la misma, admitiendo solamente la denominada retroactividad *in bonus*. Dicha tesis fue aceptada en los ámbitos forenses y académicos, sin ningún tipo de discusión y es la que priva actualmente, y ahora tal vez con mayor fuerza, porque el resquicio normativo que sirvió para proclamar la retroactividad calificada como *in bonus*, constituido por la expresión "excepto cuando contenga menor pena", aparece reforzado por la parte *in fine* del citado artículo 24, que reza: "Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea", e igualmente la regla de la cual se derivó la vigencia de la irretroactividad de toda clase de norma, como expresamos antes, es mantenida en el mismo precepto constitucional en los siguientes términos: "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo..."

De modo, pues, que frente al referido artículo 24 constitucional, que prescribe: "Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o a la rea, conforme a la

ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea" , no cabe duda acerca de la irretroactividad de las normas sancionatorias, pues para su aplicación se requiere necesariamente que las mismas sean anteriores a la infracción (predeterminación).

En todo caso, si no existiese el referido artículo 24 que contiene un principio general de derecho, de todas maneras se llegaría a la misma conclusión, mediante la interpretación del artículo 49, num. 6. consagratorio del principio de legalidad sancionatorio, porque la Administración, conforme a dicho precepto, únicamente puede ejercer su potestad cuando el ciudadano incurra en infracciones previstas en **leyes preexistentes**, de tal manera que cualquier intento de sancionar a un administrado basado en disposiciones normativas que no sean anteriores a la conducta calificada como sancionable, constituirá una innegable violación del indicado precepto constitucional.

Queda claro entonces que la interdicción de la aplicación retroactiva de normas sancionatorias desfavorables, encuentra sustentación en la regla general sobre la irretroactividad de las leyes establecida en el artículo 24 constitucional, y de manera específica en el artículo 49, numeral 6, que consagra el principio de legalidad sancionatorio, concretamente en el elemento del mismo relativo a la exigencia de la ley previa.

2.2.1.2.1.2. **Algunos ejemplos de situaciones problemáticas relativas a la aplicación del principio general**. a) hipótesis derivada de la despenalización. Pese a la indicada claridad normativa, suelen suscitarse situaciones problemáticas en su aplicación. En ese orden de ideas conviene traer a colación una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español en un caso en que un ciudadano había cometido un delito bajo la vigencia de una norma penal, pero durante el curso del proceso, fue despenalizado el delito que se le imputaba, convirtiéndolo en infracción administrativa, correspondiendo ser sancionado con una multa. Ante la nueva situación normativa la Administración, visto que cuando el ciudadano incurrió en el hecho punible –después convertido en infracción administrativa– el mismo estaba contemplado en una Ley, decidió continuar la investigación mediante el procedimiento sancionatorio e imponerle la referida sanción administrativa.

El mencionado Tribunal mediante un razonamiento sencillo, pero rigurosamente formal, declaró con lugar el recurso de amparo interpuesto por el investigado, en virtud de que para el momento en que éste había cometido

el ilícito, no estaba vigente la Ley de despenalización que posteriormente pasó a tipificarlo como infracción administrativa, razón por la cual estimó que la Administración había aplicado retroactivamente dicha ley, infringiendo de esa manera el artículo 25.1. de la Constitución, consagratorio del principio de legalidad sancionatorio, del cual forma parte, desde luego, bajo otra formulación, la exigencia de la ley previa.

Entendemos que en un caso similar, esa podría ser la posición asumida por los órganos jurisdiccionales venezolanos, pues conforme a los artículos 24 y 49, numeral 6, de la Constitución, se habría sancionado a un administrado, sin que previamente existiese la Ley que calificase de infracción administrativa al suprimido hecho punible, aun cuando éste hubiese sido cometido bajo la vigencia de otra Ley, que fue derogada, manteniendo ciertamente como infracción dicho hecho, modificando la pena de corporal a pecuniaria.

Cabe advertir que la interdicción de la retroactividad desfavorable, así como la procedencia de la favorable, encuentra su origen en una sucesión normativa, con la particularidad de que la ecuación desfavorable– favorable debe articularse sobre el elemento pena o sanción , y no sobre la infracción o delito, pues si éste desaparece, cualquiera que fuere la razón, incluyendo la más próxima a la supervivencia del hecho punible, como es la **despenalización**, cuando se convierte en infracción, debe privar esa desaparición en el momento de determinar la procedencia de la retroactividad o irretroactividad, razón por la cual en estricto rigor lógico, la nueva norma no puede considerarse que preexiste a la conducta que había sido encuadrada en la ley derogada, y desde luego, que si se adopta esa posición, debe rechazarse la posibilidad de aplicar la misma; y por el contrario si se pretendiere darle aplicación, se configuraría la retroactividad prohibida de la norma que tipifica tanto la nueva infracción, como la nueva sanción, infringiendo de esa manera el artículo 24 constitucional, así como a la garantía de la ley previa contenida en el artículo 49, numeral 6 *ejusdem*.

No valdría en este caso atípico, pero propio de aquellas situaciones que encuentran cauces en los procesos de despenalización, intentar invocar una especie de retroactividad *in bonus*, sobre la base de que manteniéndose sin solución de continuidad el hecho sancionable, con una pena menor (de corporal a pecuniaria), y encontrándose en curso el procedimiento, pretender continuarlo en sede administrativa, porque al fin y al cabo el administrado se beneficiaría, ya que en todo caso si llegase a ser declarado culpable se le aplicaría una pena menor. Insistimos que una tesis como esa

debe ser totalmente desestimada, dado que de conformidad con el artículo 24 de la Constitución, solamente es posible predicar la retroactividad *in bonus*, cuando por obra de la sucesión normativa se mantiene el delito, rebajándose la pena, y es precisamente por esa razón que el aludido precepto constitucional monta la excepción a la irretroactividad sobre la variable "menor pena".

b) Hipótesis derivada de la sucesión normativa. También podría ocurrir en el marco de la mentada sucesión normativa, que por ejemplo un reglamento, infringiendo la garantía de la reserva legal, tipificase una infracción, así como la respectiva sanción, y la Administración competente iniciase una investigación administrativa, y en el curso de la misma el Parlamento dictase una Ley que tipificase en términos idénticos la infracción, de tal manera que no exista solución de continuidad normativa, y la Administración atendiendo a ese hecho, decida imponerle la sanción al administrado. El ejemplo lo traemos a colación para demostrar que la solución no resulta sencilla, o por lo menos no resultó sencilla en España, pues los Tribunales contencioso administrativos validaron la actuación de la Administración, pero el Tribunal Constitucional la rechazó, al sostener que "es obvio que esa ley no podía prestar cobertura legal al Real Decreto (de fecha anterior) para la imposición de sanciones por infracciones cometidas con anterioridad a la vigencia de la propia Ley, dada la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras".

Estimo que la primera posición puede ser atractiva para las autoridades administrativas venezolanas, y hasta puede parecer lógica, porque en esa perspectiva hermenéutica la Ley posterior "convalidaría" en idénticos términos la disposición reglamentaria anterior; no obstante, en mi criterio, equivocada, porque sencillamente la existencia del reglamento para el momento en que el administrado cometió la infracción, sería irrelevante frente a la exigencia categórica de la ley previa, entendiendo por ésta a una ley formal, y en tal sentido no podría admitirse la existencia de esa ley, y mucho menos pretender subsanar la inconstitucionalidad del reglamento, repitiendo en la nueva ley en iguales términos, la disposición reglamentaria.

Por supuesto, que esta tesis será validada en Venezuela si se le da a la garantía de la reserva legal implicada en el principio de legalidad sancionatorio la misma amplitud y alcance que le otorgó el Tribunal Constitucional español en la referida sentencia. No obstante, pareciera que los "vientos hermenéuticos", no soplan actualmente en esa dirección, pues recientemente

la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al desestimar una acción de inconstitucionalidad contra un dispositivo de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), que examinaremos en detalle más adelante, declaró que la tipificación de infracciones administrativas resultaba procedente mediante reglamentos y otros actos de rango sublegal.

Desde luego, que a la luz de esa doctrina jurisprudencial no habría objeciones que formularle a una Administración que ejerza su potestad sancionatoria basada en una disposición reglamentaria, que como en el ejemplo bajo análisis, sea repetida en los mismos términos en una Ley posterior, porque al fin y al cabo al aplicar el reglamento se estaría en ese marco interpretativo –insistimos– dando cumplimiento a la exigencia de la Ley previa; y por consiguiente, resultaría irrelevante el hecho de que el dispositivo reglamentario haya sido recogido en el texto legislativo posterior.

c) Hipótesis implicada en la solución adoptada por la CGR. Parece conveniente en esta línea argumental traer a colación el criterio que se impuso en la Contraloría General de la República, porque de alguna manera refleja la tesis sobre la irretroactividad de las normas sancionatorias que hemos explicitado hasta aquí. En ese orden de ideas es preciso señalar que la nueva LOCGRSNCF, convirtió infracciones menores, que en la Ley de 1995, eran sancionadas solamente con multas, pero que no se les otorgaba el carácter de ilícitos administrativos en términos de dicho instrumento normativo, y quienes las cometían, por consiguiente no eran declarados responsables administrativamente. Entre esas infracciones cabe mencionar, entre otras, la falta de rendición de cuentas en la oportunidad indicada, la negativa a permitir las visitas de inspección de los funcionarios de la Contraloría y el incumplimiento de las normas e instrucciones de control dictadas por la Contraloría.

Pues bien, al entrar en vigencia la Ley de 2002, esas infracciones que no generaban responsabilidad administrativa, pasaron a ser ilícitos administrativos, que sí generan la mencionada responsabilidad, además sancionados con un cúmulo de sanciones accesorias a la multa, tales como la suspensión en el ejercicio del cargo hasta por dos años, la destitución y la inhabilitación para ejercer funciones públicas hasta por un lapso de quince años. Como se encontraban en curso varios procedimientos originados en las referidas infracciones menores tipificadas en la Ley derogada, ahora convertidas en ilícitos administrativos, al parecer se llegó a manejar el criterio de que los

procedimientos debían continuar porque la infracción en la sucesión normativa se había mantenido en idénticos términos.

Afortunadamente se impuso la racionalidad, al percatarse los funcionarios de la Contraloría que ese criterio comportaba una hipótesis clarísima de aplicación retroactiva de la nueva ley, porque si bien la conducta tipificada era la misma, su calificación resultaba totalmente diferente, como diferentes y mayores eran las sanciones aparejadas a la misma. En definitiva, se trataba, de una nueva infracción contenida en una nueva ley, razón por la cual no podía predicarse de ninguna manera su preexistencia en relación con las infracciones cometidas por los investigados antes del año 2002; de allí, pues, que tanto el artículo 24, como el 49, num. 6, de la Constitución fueron, en nuestro criterio, correctamente aplicados, en el ejemplo reseñado, por la Contraloría General de la República.

2.2.1.2.2. **La retroactividad de las normas sancionatorias favorables**.

2.2.1.2.2.1. **El principio general derivado de la Constitución y del artículo 2 del Código Penal**. El principio de la retroactividad *in bonus*, como expresamos antes, ya estaba consagrado en el artículo 44 de la Constitución de 1961, y así fue declarado tanto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo como por la extinta Corte Suprema de Justicia, siendo reforzada esa consagración por el artículo 24 del texto constitucional de 1999, de tal manera que no se suscita ningún tipo de dudas acerca de la vigencia de este principio, que como afirma NIETO (1994) encuentra su fundamento en la igualdad, "puesto que se considera inicuo castigar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción".

Pero si la regla de la aplicación de la retroactividad *in bonus* recogida en la Constitución al prescribir que ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena, resulta sencilla en el ámbito penal, no ocurre lo mismo en el ámbito administrativo, debido a la inexistencia de una norma, que bien podría estar ubicada en un procedimiento administrativo sancionatorio, también inexistente, que permita determinar su alcance, o que sencillamente reenvíe a la norma contenida en el artículo 2 del Código Penal, que prescribe: "Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo, **aunque al publicarse hubiere ya sentencia firme y el reo estuviere cumpliendo la condena**". La lectura del precepto transcrito revela la intención de la ley de consagrar una retroactividad *in bonus* casi absoluta, pues incide sobre el curso del proceso, sobre la sentencia firme, e inclusive sobre el cumplimiento de la condena.

La inexistencia de una norma que recoja este principio en materia sancionatoria administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano, suscita serias interrogantes que van desde la factibilidad de la aplicación del Código Penal en el ámbito sancionatorio de la Administración Pública, pasando por su rechazo, hasta la posibilidad de su aplicación parcial, dada la naturaleza misma de las cosas involucradas en el ejercicio de esta potestad por los órganos Administrativos.

En realidad en nuestro criterio se trata de dos interrogantes, pues rechazamos de plano la posibilidad de negar la aplicación del precepto penalístico, en ausencia de una norma administrativa expresa, pues ello implicaría ignorar la categórica disposición constitucional contenida en el artículo 24, máxime si se tiene en cuenta que el principio de legalidad contenido en el artículo 49, numeral 6, está concebido como uno de los atributos en que se desagrega el derecho al debido proceso, cuya regulación normativa, en el encabezamiento del citado artículo estatuye en términos indudables que el debido proceso se debe aplicar a todas las actuaciones judiciales y **administrativas**.

De modo, pues, que si durante la vigencia de la Constitución de 1961, que como afirmamos en el capítulo anterior regulaba exclusivamente el principio de legalidad penal, y el debido proceso se construía doctrinaria y judicialmente a partir de una elaboración interpretativa de su artículo 68, consagratorio del derecho a la defensa, era posible limitar la aplicación del artículo 2 del Código Penal a la esfera exclusivamente penal, consideramos que actualmente esa opción restrictiva debe ser rechazada; y en consecuencia, admitirse que en ausencia de una norma de naturaleza administrativa que establezca el alcance, y desde luego, también los límites, a la retroactividad de las normas sancionatorias favorables, el aludido precepto del Código Penal encuentra aplicación en el marco de las referidas normas administrativas, pues de esa manera se acatan tanto las normas como los principios constitucionales antes indicados.

2.2.1.2.2.2. **Aplicación total o parcial del principio en el ámbito administrativo (incidencia sobre el procedimiento o sobre la sanción**). Queda entonces por determinar si la aplicación es total o parcial, y en tal sentido cabe discutir, por ejemplo, si la disposición favorable incide sobre un procedimiento administrativo no terminado, o sobre un procedimiento terminado, pero sin que todavía se haya dado cumplimiento a la sanción. Y más aún, si tiene efectos sobre la sanción ya cumplida, verbigracia la multa

pagada. Si se opta por la tesis de la aplicación *in totum* del aludido precepto penal, resulta concluyente que los efectos de la retroactividad favorable se extienden a los procedimientos en curso, a los procedimientos terminados, sin que la sanción haya sido ejecutada, y a las sanciones que se estén cumpliendo o a las cumplidas. Y en este último caso es donde pueden presentarse los mayores problemas, por ejemplo cuando la infracción es sancionada con una multa que ya ha sido cancelada, pues ello significaría que el Tesoro Nacional estaría obligado a devolver el monto, sin que haya una partida prevista en ese sentido, e igualmente cabría preguntarse acerca del efecto de esta clase de retroactividad sobre la sanción ya cumplida, relativa a la inhabilitación vitalicia para ejercer determinados cargos, como los señalados en el capítulo anterior en la estructura organizativa del sistema de seguridad social diseñada en la ley correspondiente.

En nuestro criterio nada obsta para sostener que el artículo 2 del Código Penal debe ser aplicado en forma total en el ámbito sancionatorio administrativo, pues resulta ilógico que se admita en la esfera penal, y que inclusive en la misma su alcance llegue hasta poner fin a la condena que esté cumpliendo alguien que ha cometido un delito, y se niegue en el ámbito administrativo, en el cual como es sabido las infracciones revisten una gravedad significativamente menor, lo que queda demostrado con los procesos de despenalización a los cuales suele acudirse en determinados momentos, precisamente para convertir ciertos delitos en infracciones administrativas, y atribuirle en consecuencia sanciones administrativas, que como es sabido no tienen carácter corporal.

En esta perspectiva interpretativa, rigurosamente lógica, sale triunfante la tesis de la aplicación del dispositivo penal, y ella adquiere mayor sustentación si se recuerda que el fundamento de la retroactividad *in bonus*, que es la figura recogida en el artículo 2 del Código Penal, es la igualdad, la cual también es erigida en un derecho y en una garantía constitucionales de trascendental importancia en el artículo 21 de la Constitución. Si se respalda dicha tesis con la disposición categórica contenida en el artículo 24 , y éste se armoniza con el encabezamiento del artículo 49, ambos del texto constitucional, no queda mas que admitir que mientras se dicte una disposición que regule la retroactividad favorable de las normas administrativas sancionatorias, debe aplicarse en forma total el artículo 2 del Código Penal de 1926 vigente.

Insistimos en que la base de la retroactividad favorable recogida en la citada norma es la igualdad, la cual quedaría seriamente lesionada si se

impusiera la postura que aboga por la aplicación parcial de la indicada norma en el ámbito de la Administración Pública, mediante su restricción temporal, de tal manera que únicamente surtiera efectos sobre los procedimientos administrativos no terminados. A fin de demostrar el señalado quebrantamiento del principio de igualdad baste el siguiente ejemplo hipotético: La LOCGRSNCF tipifica como causal de responsabilidad administrativa el incumplimiento de normas e instrucciones de control dictadas por la Contraloría General de la República (art. 91, num. 26), y en el caso de que una reforma legislativa decidiese suprimir esa causal, pero poco antes de la modificación de la Ley, supóngase que un ciudadano por haber cometido ese ilícito ha sido sancionado con una multa, y accesoriamente con las sanciones de destitución e inhabilitación para ejercer cargos públicos por dos años, e igualmente en el órgano contralor se encuentran en curso diez procedimientos originados en conductas que encuadran en el aludido supuesto de responsabilidad administrativa.

Pues bien, la tesis de la aplicación parcial del artículo 2 del Código Penal conduciría a la declaratoria de terminación de los diez procedimientos, pero en cambio la situación del ciudadano que ha cometido el mismo ilícito suprimido, poco tiempo antes, no variaría en lo más mínimo, pues continuaría destituido e inhabilitado para ejercer funciones públicas por el lapso indicado, razón por la cual queda demostrado que se quebrantaría el principio de igualdad constitucional, pero también se infringirían, en nuestro criterio, el artículo 24, que prevé indudablemente la retroactividad *in bonus*, y el 49, encabezamiento y numeral 6, ambos de la Constitución, que consagran el principio de legalidad sancionatorio, los cuales imponen por vía excepcional la obligación a la Administración de la aplicación de la retroactividad favorable. Y no vale invocar el desajuste administrativo que significaría, en el caso de la multa, la devolución de su importe, porque frente a la invocación de un derecho fundamental, como lo es el relativo a la igualdad, necesariamente deben ceder los obstáculos o inconvenientes financieros o administrativos que pueda sufrir la Administración Pública.

Inclusive aun cuando el Código Penal no contuviera una disposición como la examinada, de todas maneras la consagración en forma indiscutible de la retroactividad favorable de las normas sancionatorias en los citados artículos 24, y 49, encabezamiento, de la Constitución, así como del principio de progresividad que priva en materia de ejercicio de los derechos humanos (art. 19 constitucional), y sin dudas que el derecho a la igualdad entra en esa categoría, conducirían indefectiblemente a aplicar, sobre la base del carácter

normativo del texto constitucional, una tesis que sustentase una solución similar a la recogida en el Código Penal.

Por lo demás, también encontramos un ejemplo de la referida tesis en recientes decisiones de la Contraloría General de la República, en los casos a que nos referimos anteriormente de conversión de infracciones menores en causales de responsabilidad administrativa, en razón de que dichas infracciones fueron suprimidas en la nueva ley, al producirse la referida conversión, hubo de admitirse que las pertinentes normas derogatorias tenían un carácter favorable para todos aquellos que figuraban como investigados por haber cometido las referidas infracciones, razón por la cual se procedió a declarar el sobreseimiento de los correspondientes procedimientos. Pareciera entonces que el mencionado órgano administrativo, que por lo demás es uno de los que detenta mayor potestad sancionatoria, en virtud de la amplitud de la misma, así como la gravedad de las sanciones que impone, está orientado hacia una dirección hermenéutica ajustada a la Constitución. Desconocemos si en esa oportunidad se invocó formalmente el artículo 2 del Código Penal para declarar los sobreseimientos, o directamente el texto constitucional, pero es claro que sí fue aplicada la solución contemplada en el mismo.

El ejemplo anterior revela la procedencia de la retroactividad *in bonus*, pero reconocemos que si a los fines de la fundamentación de la correspondiente decisión se hubiese aplicado el mentado dispositivo penal, esa actuación de la Contraloría General de la República no permitiría dilucidar la duda acerca de la procedencia de la aplicación *in totum* de dicho dispositivo, pues los procedimientos a los que se puso fin mediante el sobreseimiento del procedimiento, se encontraban en curso, es decir, todavía no habían sido terminados.

2.2.1.2.2.3. **Carácter global de la aplicación de la retroactividad in bonus**. Cabe advertir finalmente, como lo ha declarado tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional español, que la aplicación de la retroactividad *in bonus* debe tener un carácter global, es decir, que debe aplicarse con todas sus consecuencias la invocada norma más favorable, y ese carácter favorable se determina evaluando el resultado final para el sancionado. En ese orden de razonamiento si una norma administrativa establece como sanción principal para determinada infracción una multa de 500 unidades tributarias, y como sanción accesoria la inhabilitación para ejercer funciones públicas por cinco años, y posteriormente una nueva ley fija para la misma infracción una multa de 800 unidades tributarias, y como

sanción accesoria la inhabilitación por un año, el investigado no puede pretender a los efectos de beneficiarse de la retroactividad, que se le imponga la multa de 500 unidades tributarias y la inhabilitación por un año, sino la norma más favorable en la referida forma global (multa por 800 U.T. e inhabilitación por un año). En otros términos, no resulta procedente pretender –en casos como el ejemplificado– que se apliquen ambas normas (derogada y derogatoria) en sus aspectos más favorables.

El ejemplo anterior lo hemos derivado de la tesis sostenida en la sentencia del 28 de mayo de 1990 del primer órgano jurisdiccional mencionado, concebida respecto al punto en comento, en los siguientes términos: "...no se puede aplicar a retazos una y otra ley {la anterior y la posterior}, debiéndose aplicar la nueva cuando sea más favorable al reo, en bloque, no fragmentariamente, porque si se procediera a seleccionar la normativa procedente y de la que se modifica lo más beneficioso de una y otra, se estarían usurpando tareas legislativas que no corresponde a los tribunales como sería tercera norma artificiosa e indebidamente elaborada a partir de lo entresacado de la antigua y de la nueva".

2.2.1.2.2.4. **La prohibición de la aplicación analógica de las normas sancionatorias.** Por otra parte, aunque tiene relación indirecta con el asunto bajo examen, nos parece conveniente traer a colación un principio propio del Derecho Penal, pero debido a la mencionada concepción de la potestad punitiva única del Estado, desagregada en potestad punitiva penal y potestad punitiva administrativa, consideramos que resulta totalmente aplicable en el ámbito de la potestad sancionatoria administrativa. Se trata del principio relativo a la interdicción de la aplicación analógica ("analogía *in peius*") de las normas sancionatorias, que insistimos encuentra recepción en el Derecho Penal desde hace mucho tiempo, y que apenas comienza a ser positivizado en algunos ordenamientos administrativos.

Así, por ejemplo, el artículo 129.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española, prescribe: "Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica". Por supuesto que no existiendo en Venezuela un procedimiento sancionatorio general, es muy difícil pretender encontrar una disposición similar en los dispersos e incompletos procedimientos sancionatorios regulados en algunas leyes administrativas, pero es indudable que el principio ha encontrado recepción desde hace bastante tiempo a nivel doctrinario y jurisprudencial, razón por la cual pese a la referida ausencia normativa debe ser respetado por la Administración Pública.

2.2.2. **La ley cierta (*lex certa*).**

2.2.2.1. **Planteamiento general**. En principio cabe reiterar que la garantía material de la tipificación encuentra en el sustrato normativo dos expresiones: la exigencia de la ley previa y la exigencia de la ley cierta, las cuales en realidad integran un todo armónico, a las cuales sólo por razones didácticas, se les da un tratamiento autónomo en este trabajo, inclusive a ese componente inescindible se suma la garantía de la reserva legal, pues normalmente la invocación de esas garantías supone la exigencia de una norma que al mismo tiempo sea previa, cierta, y de rango legal. Debemos reiterar que pese al todo involucrado en el principio de legalidad, la metodología que hemos adoptado, una vez examinado el postulado de la ley previa, nos conduce a analizar el relativo a la ley cierta.

La utilización de esa metodología cobra mayor pertinencia si se tiene en cuenta que en la práctica la aplicación del principio de legalidad sancionatorio por parte de la Administración Pública, no suele suscitar problemas en lo tocante a la exigencia de la ley previa, pues existe una acentuada convicción de que sin una ley preexistente, sin entrar por los momentos a calificar su rango, de ninguna manera los órganos administrativos pueden pretender válidamente ejercer la potestad sancionatoria; en cambio, los problemas se presentan con mucha frecuencia con la conceptuación de la ley cierta, tanto en lo tocante a su grado de determinación, como al rango de la disposición que la contiene, dando lugar a importantes discusiones sobre las denominadas normas en blanco, que en el ámbito administrativo a su vez pretenden extraer su legitimación de la famosa tesis de la "matización" del principio de legalidad sancionatorio.

Pues bien, con el examen por separado del postulado de la ley cierta es posible inferir algunos lineamientos que contribuyen al análisis de los mencionados problemas, y en tal sentido conviene recordar que en el proceso cronológico de reivindicación de los derechos de los ciudadanos frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sobre todo el derecho a la libertad personal, quedó demostrado que el hecho de que los delitos y las faltas, y luego las infracciones administrativas, fueren contemplados en una ley previa, (predeterminación normativa) no garantizaba generalmente un grado mínimo de certeza acerca de la conducta o comportamiento tipificado como ilícito, de tal manera que la potestad punitiva estatal se convertía en una verdadera potestad discrecional muy amplia, lo que facilitaba los excesos y arbitrariedades por parte de las autoridades estatales en el ejercicio de esa potestad tan sensible para los derechos ciudadanos.

Fue así que se impuso la exigencia de que los delitos, las faltas y las infracciones administrativas además de estar previstos en las leyes, debían estar descritos con los rasgos necesarios de precisión y certeza, con la finalidad de eliminar el indicado margen de discrecionalidad. De esa manera surgió el postulado de la ley cierta, que pasó a integrar la garantía material del principio de legalidad.

A diferencia del postulado de la ley previa que encuentra un registro literal bajo diversas formulaciones (ley preexistente o ley vigente para el momento de cometer el delito o la infracción), en los esquemas constitucionales que consagran el principio de legalidad sancionatorio, el postulado de la ley cierta no encuentra ese respaldo textual o literal. Sin embargo, la recepción unánime durante el proceso de consolidación del principio de legalidad penal, tal como indicamos antes, de la tesis que propugnaba por la certeza y la precisión de la norma preexistente, ha conducido con el correr del tiempo en todos los ordenamientos jurídicos, por lo menos de los países occidentales, a la admisión indiscutible de que en toda formulación del principio de legalidad está implícito el postulado bajo examen, al punto que ha llegado a configurarse una especie de automatismo conceptual frente al referido principio, en el sentido de que basta su invocación para que se presuma la existencia de la garantía material de la ley cierta y de la ley previa.

Pareciera innecesario a la luz de la conclusión anterior que por vía legislativa se desarrollase este postulado, de manera que pudiera encontrar una recepción literal en la correspondiente Ley, pero desde luego, nada obsta para que un texto legislativo que diseñe el procedimiento general sancionatorio, establezca pautas esclarecedoras sobre el mandato de tipificación, y por consiguiente del postulado bajo examen. Ahora bien, sabemos que en Venezuela no existen ni siquiera unas pautas mínimas que regulen el aludido procedimiento, razón por la cual se impone derivar el mencionado postulado del artículo 49, numeral 6 constitucional, el cual por lo demás guarda congruencia con la expresión delitos, faltas e infracciones que no fueren **previstos** en una ley preexistente.

En efecto, toda la importantísima elaboración doctrinaria y hasta civilizatoria sobre el principio de legalidad sancionatorio, conduce a sostener que esa **previsión** debe corresponderse con la descripción de la conducta ilícita en un grado de certeza y precisión, que evite a toda costa el uso arbitrario de la potestad sancionatoria por la Administración Pública, y que desde luego sirva de marco definitorio que le permita a los ciudada-

nos saber a que atenerse sobre la responsabilidad que acarrea subsumir su comportamiento en una norma con las características indicadas, así como sobre la sanción que originará dicho comportamiento, porque es necesario advertir que al igual que la ley previa, la exigencia de la ley cierta abarca tanto a las infracciones como a las sanciones.

2.2.2.2. **La certeza exigida a la norma (los grados máximo y medio de certeza)**. Hemos indicado que esta exigencia contenida en la garantía relativa al mandato de tipificación es la que suscita mayores problemas en el momento de ejercer la potestad sancionatoria administrativa, e inclusive también problemas –muchos menos– en el ámbito penal, porque el nivel de exigencia de certeza admite gradaciones pasando por un nivel máximo, un nivel medio hasta llegar a la casi inexistencia configurada en las denominadas normas en blanco. El nivel máximo de certeza implica que la definición del ilícito o infracción administrativos, se hace a partir de su descripción operacional mediante todos los indicadores que resulten necesarios, estableciendo una relación de causalidad con la correspondiente sanción, encontrando concreción dicha operación tipificante en una misma norma, que es lo que ocurre generalmente con los delitos.

En cambio, el nivel medio de exigencia de certeza comporta de todas maneras la predeterminación normativa del ilícito o infracción administrativos, también mediante una descripción operacional, acudiendo para ello, como señala NIETO (1994), a los elementos esenciales de configuración del ilícito o de la infracción, así como de la sanción correspondiente, con la particularidad de que ésta puede estar prevista en otra norma, e inclusive en otra ley. Sin embargo, lograr este nivel comporta la dificultad de la determinación previa de cuáles son los elementos esenciales en la descripción de la infracción, pues ello supone que existen elementos no esenciales.

El citado autor coloca la responsabilidad de esa determinación en la doctrina, de la cual debe ser recipiendaria el legislador al momento de elaborar el texto legislativo, pero como en realidad no existe un canon absoluto para lograr detectar los referidos elementos, corresponderá a la postre a los órganos jurisdiccionales pronunciarse acerca del asunto. Quizás un indicador en tal sentido, como lo ha declarado el Tribunal Constitucional español, consista en observar a partir de la estructura de la norma, si ella "permite predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras y se sepa a que atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción", pues ello sólo resultará posible si en la configuración de esa estructura están presentes los mentados elementos esenciales.

Incluso a los fines de emitir los correspondientes pronunciamientos sobre las acciones de inconstitucionalidad o de amparo constitucional, que implica en todo caso el uso del denominado por la doctrina alemana test de compatibilidad entre norma constitucional y norma infraconstitucional, el referido indicador resulta casi indispensable, tal como queda evidenciado en una sentencia de ese tenor dictada por el Tribunal Constitucional español, en la cual declaró la incompatibilidad de la norma impugnada porque no permitía "predecir con suficiente grado de certeza el tipo y grado de sanción susceptible de ser impuesta".

De modo, pues, que la exigencia de certeza en el grado máximo o medio se opone radicalmente a la indeterminación, a la ambigüedad y a la generalidad en la pretendida descripción de los ilícitos y de las correspondientes sanciones, porque en esos casos la misma conformación de la norma impide a los ciudadanos recurrir al señalado indicador de la predicción razonable sobre los comportamientos que encuadran en la norma, ni de las sanciones correspondientes, abriendo de esa manera espacios para la arbitrariedad de la Administración, la cual debido a la generalidad o indeterminación podrá intentar subsumir cualquier conducta en la norma incierta.

Así, por ejemplo, conforme a esta tesis no puede considerarse cumplida la exigencia bajo examen, en una norma que después de enumerar un conjunto de infracciones definidas en los términos antes expuestos, vinculándolas a las correspondientes sanciones, aluda a otra de carácter residual, como ocurre en algunas leyes venezolanas, bajo la siguiente formulación "cualquiera otra infracción a esta ley o a su reglamento". Por supuesto, que en ese caso el indicado elemento predictivo resulta nugatorio a los fines de conocer con cierto grado de certeza la infracción que pretende tipificar el legislador, pero al mismo tiempo sirve como instrumento para calificar la norma como "incierta", y cuestionar constitucionalmente el mandato de tipificación contenido en la misma, bien mediante su impugnación o mediante el ejercicio de una acción de amparo.

2.2.2.3. **La tesis de la "matización" del principio de legalidad sancionatorio en la esfera administrativa**.

2.2.2.3.1. **Planteamiento introductorio**. Cabe recordar que hasta la constitucionalización de la potestad sancionatoria de la Administración Pública en 1999, las garantías derivadas del principio de legalidad penal, el cual siempre apareció consagrado en las Constituciones anteriores, tenían su

origen en tesis doctrinales y jurisprudenciales, las cuales en vista de la inexistencia de una previsión constitucional específica, eran susceptibles de reflejar diversos grados de intensidad de dichas garantías ciudadanas, pudiendo en algunos casos equipararlas a las propias del Derecho Penal, y en otros, reducirlas, pero siempre –debe reconocerse– desde la década de los noventa del siglo pasado, como quedó demostrado en el capítulo anterior, trasuntaban ideas garantistas.

Una vez que entra en vigencia la Constitución de 1999, los integrantes de los órganos jurisdiccionales, especialmente de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, van a ser constreñidos por el artículo 49, encabezamiento y num. 6, de la Constitución, a reconocer, no mediante una interpretación "progresista" o *in bonus* como ocurría antes, tanto las garantías materiales como formales contenidas en el mencionado precepto constitucional.

Fue entonces cuando la Sala Constitucional se enfrentó al problema atinente a la determinación de la dimensión de ese reconocimiento, porque tenía dudas acerca de la procedencia de la aplicación *in totum* de las referidas garantías, y en la búsqueda de una solución, se topó con la tesis de la "matización" del ejercicio de la potestad sancionatoria conferida a la Administración Pública en el artículo 25.1. de la Constitución española de 1978, la cual parte de la premisa de que es necesario atenuar la aplicación del principio de legalidad sancionatorio, incidiendo a tal fin sobre la intensidad de las garantías implicadas en la exigencia de la ley cierta y de la reserva legal. Pues bien, en este acápite nos referiremos básicamente a la incidencia de esa tesis sobre la primera garantía.

2.2.2.3.2. **Resumen de la tesis sobre la "matización" y su incidencia sobre la garantía de la "ley cierta"**. Cuando se constitucionaliza la potestad sancionatoria de la Administración Pública en España, el Tribunal Constitucional, vista la ausencia de un marco regulatorio de la misma, y sobre la base de que existía una única potestad punitiva estatal, proclama en sus primeras sentencias la aplicación de los principios del Derecho Penal al ejercicio de la potestad sancionatoria bajo examen, pero se cuida de señalar que tal aplicación debe realizarse con la debida matización o adecuación. En uno de esos fallos –de 8 de junio de 1981– declaró en tal sentido que: "Los principios inspiradores de orden penal son de aplicación, **con ciertos matices,** al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad)".

En varios fallos subsiguientes el mencionado Tribunal fue señalando que esa matización conducía a que las garantías del mandato de tipificación y de la reserva legal se relajarían o debilitarían, o en otros términos, que los referidos "matices" no hacían aplicables en su generalidad los principios del orden penal al ámbito de la potestad sancionatoria administrativa. De modo, pues, que la idea de los "matices", esbozada sobre la diferencia de la tipificación penal de la tipificación administrativa, incidió sobre el debilitamiento en la aplicación de los aludidos principios en el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, cuando mediasen relaciones de sujeción especial, caso en el cual en los primeros tiempos se llegó a predicar la inaplicación de los mismos, así como en la garantía de la reserva legal, admitiéndose en tal sentido la colaboración reglamentaria, y en la garantía del mandato de tipificación, y más concretamente de la exigencia de la ley cierta.

No es el caso abundar en los argumentos que manejó la jurisprudencia y algún sector de la doctrina española, especialmente los relativos a la diferencia entre la tipificación penal y la administrativa, ni tampoco entrar a examinar los cuestionamientos que le formularon a dicha tesis algunos administrativistas españoles, por la sencilla razón de que la teoría de la "matización" se consolidó a nivel doctrinario, y sobre todo jurisprudencial, pues el Tribunal Constitucional continuó la senda original, perfeccionando su tesis al máximo con el ánimo de lograr un punto de equilibrio en aplicación de los referidos principios penales, en la forma mencionada, pero sin llegar a sacrificar el derecho de los ciudadanos derivados del artículo 25 de la Constitución, y lo que es más importante fue recogida en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el capitulo primero del Título IX , denominado "Principios de la potestad sancionadora", y en el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Por cuanto concierne a la matización de la exigencia de la ley cierta, cuyo examen interesa por ahora, pasamos a señalar las manifestaciones concretas de la misma: a) la norma que tipifica debe contener los elementos esenciales que permitan predecir con cierto grado de certeza las conductas infractoras, razón por la cual están prohibidas, como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español "las cláusulas generales, genéricas e indeterminadas que otorgan excesivo arbitrio a la autoridad". Así por ejemplo, pensamos nosotros que en ese contexto sería genérica, y atentaría contra la exigencia de la ley cierta, una norma destinada a tipificar una infracción en el ámbito de la función pública, concebida en los siguientes términos "el

incumplimiento de los deberes y obligaciones del funcionario". No entramos aquí a examinar si este matiz debe estar consagrado en la norma de rango legal o en la de rango sublegal que la complementa, pues será un asunto que analizaremos más adelante.

b) La exigencia de la ley cierta implica la descripción de la conducta infractora en los términos antes señalados, y a la vez la atribución de la sanción, pudiendo producirse su configuración en instrumentos normativos distintos, sobre cuyos rangos no nos pronunciamos por ahora; c) se admite la tipificación por remisión expresa mediante un conjunto normativo: una primera norma de contenido formal en la cual se establece que constituye infracción administrativa, por ejemplo el incumplimiento del mandato contenido en otra norma, que desde luego, es identificada, en la primera, y la segunda norma contiene el mandato, por ejemplo denunciar, dentro de determinado lapso los casos de enfermedades contagiosas que sean del conocimiento de los profesionales de la medicina. De tal manera que la tipificación se cumple o se completa con la armonización de ambas normas, por supuesto que en cualquiera de las dos debe aparecer la atribución de la correspondiente sanción.

d) Por el contrario no se admite la tipificación por remisión implícita, esto es, que se pretenda la configuración de la exigencia de la ley cierta con el sólo establecimiento de una prohibición, sin erigirla expresamente en infracción, y sin atribuirle ninguna sanción. En este caso no existe tipificación completa, y en consecuencia tampoco posibilidad alguna de sanción. Y no vale, en nuestro criterio, el argumento relativo a que el ordenamiento jurídico no puede permitir que el incumplimiento de las órdenes y de las prohibiciones no sean sancionadas, en primer lugar, porque ese pretendido principio inferido del error del legislador, si es que es un error, no puede prevalecer frente a la garantía material de la tipificación, relacionada con la exigencia de la ley cierta y; en segundo lugar, porque es necesario diferenciar como sostiene PAREJO (1996) entre infracciones y sanciones administrativas, por una parte, e incumplimientos y contravenciones y consecuencias desfavorables (no sancionatorias), por la otra.

La acotación de Parejo conduce en el ámbito de la tipificación a examinar la pretendida relación causal entre prohibición-sanción, conocida doctrinariamente como "binomio prohibición-sanción", la cual de reputarse válida conduciría a la admisión de la tesis de la exigencia de la ley cierta por remisión implícita. En efecto, en ese orden de ideas es necesario

explicar que un sector de la doctrina postula que ante el establecimiento legal de prohibiciones sin vincular a su incumplimiento a ningún tipo de sanciones, debe considerarse que la sola prohibición "reclama como contrapartida una potestad coercitiva que ampare a aquella de cualquier incumplimiento". Por supuesto, que esa tesis ha sido rechazada debido a que aparece construida a partir de la premisa falsa del aludido "binomio prohibición-sanción", pues como asienta GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) la violación del ordenamiento jurídico puede dar lugar a múltiples y variadas reacciones del Estado, tales como nulidades, caducidades, pérdidas de derechos, etc), "pero no necesariamente salvo una tipificación específica efectuada por la Ley, a una sanción penal".

Estimamos que pese a que la afirmación del último autor está referida únicamente a la tipificación penal, resulta válida, conforme a la acotación del primer autor citado, en el ámbito de la potestad sancionatoria administrativa, de tal manera que la reacción estatal frente a una prohibición de naturaleza administrativa sólo podrá tener carácter sancionatorio, si así aparece tipificado en una Ley, y más aún, esa tipificación debe extenderse a la descripción de una conducta ilegal previa, definida como tal, de tal manera que una simple prohibición, sin las características señaladas, como por ejemplo: "Se prohíbe utilizar el teléfono celular cuando se conduzca en las autopistas", de ninguna manera puede hacer presuponer que su incumplimiento dará lugar a infligir un mal a los infractores, que al fin y al cabo es la acepción a la que responde el concepto de sanción; de allí, pues, que en el ámbito sancionatorio administrativo se impone desestimar el referido binomio prohibición sanción, y por ende la tipificación, en cuanto concierne a la exigencia de la ley cierta, implícita.

2.2.2.3.3. **La recepción de la tesis de la "matización" por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**.

2.2.2.3.3.1. **La primera dimensión de la "matización"**. Pese a que la referida Sala comenzó a pronunciarse sobre la compatibilidad de distintas normas, casi todas preconstitucionales, bien conociendo acciones de inconstitucionalidad o de amparo, con el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, desde finales del año 2000, no es hasta el 11 de febrero de 2002, en la oportunidad de pronunciarse sobre el recurso interpuesto contra los artículos 52, 54 y 38 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, cuando asoma por primera vez la tesis de la matización antes examinada. En dicho fallo declaró:

En efecto, si bien el Derecho Sancionatorio se nutre de los principios básicos del Derecho Penal que regula el *ius puniendi* del Estado contra las infracciones al orden jurídico cuyo ejercicio implica la imposición de penas corporales y que se efectúa a través de la jurisdicción penal; sin embargo, tales principios no tienen la misma rigidez que presentan en su fuente originaria, por cuanto están adaptados a las actividades de la Administración. Así, el principio de tipicidad de los delitos y las penas que se consustancia con el principio general de la legalidad, admite en el Derecho Sancionatorio la delegación que haga el legislador en normas de rango sublegal, de algunos de los elementos que configuran el ilícito administrativo **y, asimismo, éste, puede configurarse con contornos menos rígidos que los que rigen en el campo del Derecho Penal".**

Sin dudas que la admisión de la tesis de la matización aparece planteada en términos muy genéricos en el párrafo transcrito; no obstante, es necesario destacar que en ese mismo fallo la Sala pareciera pretender aclarar lo que quiere decir con "contornos menos rígidos", en cuanto concierne a la exigencia de la ley previa, que es el punto bajo examen, al puntualizar en tal sentido que: "En consecuencia, importa destacar que la facultad genérica otorgada a la administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos de un ilícito sancionable, configura lo que se denomina *norma en blanco*, situación ésta, que ha sido objeto del total rechazo por parte de la jurisprudencia"

Para que se comprenda mejor la dimensión de la "matización" manejada por la Sala Constitucional, en cuanto concierne a la tipificación, y más concretamente, a la exigencia de la ley previa, conviene transcribir el texto del impugnado artículo 52 de la ley antes identificada:

Art. 52. "Toda infracción a esta Ley y a sus reglamentos, no castigada expresamente, será sancionada con multa de hasta tres millones de bolívares (Bs. 3.000.000), según la gravedad de la falta, a juicio de la Superintendencia".

Concretamente, la sentencia califica a este dispositivo como una norma en blanco, y por consiguiente lo anula, sobre la base de los siguientes argumentos:

...El primer elemento es la determinación del supuesto de la conducta ilícita que tiene un contenido residual, por cuanto está formulado en el sentido de que todo aquello que no esté previsto como ilícito expresamente

en la ley, sería sancionable por la propia administración (núcleo del hecho sancionable). Este enunciado presenta una previsión totalmente en blanco, porque no sería posible determinar aquellas situaciones que no están contempladas como ilícitas por la ley, además de dejar en manos de la Administración la posibilidad de calificar como ilícitos supuestos que no han adquirido dicho carácter por disposición de la ley. La situación descrita en las líneas anteriores pareciera prima facie contraria al principio de legalidad que erige el esquema de actuación administrativa y que además es siempre más rígido cuando dicha actuación se realiza en virtud de una potestad sancionatoria (...)

En consecuencia, se observa que el artículo impugnado por inconstitucionalidad nos remite al contexto de la ley bajo una modalidad residual, en la cual la propia ley actúa como el parámetro o regla objetiva que la administración ha de confrontar con la conducta de los sujetos. Analizado lo anterior, observa esta Sala que el sistema de remisión residual otorga una potestad sancionatoria tan amplia que el administrado podría quedar sometido a la multa contemplada en el artículo por cualquier conducta que se juzgue como "*infracción*" a la Ley, esto es, como violatoria de una exigencia contenida en la Ley.

A las consideraciones que anteceden ha de agregarse la relativa a la amplitud de la facultad que el artículo le otorga a la Administración, al incluir como sancionables no sólo a las infracciones de la ley, sino a las infracciones del reglamento, lo cual permite una apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos, ya que cualquier conducta exigida por vía reglamentaria que es incumplida por el administrado daría lugar a la sanción que la norma prevé.

**Analizada la situación en la forma que antecede, no puede menos que estimarse que el artículo 52 contempla una norma en blanco, esto es, facultativa en forma total y completa a la Superintendencia para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito y por ello violatoria del principio de tipicidad, lo cual implica su nulidad por inconstitucionalidad. Así se declara**.

El análisis de la doctrina contenida en el fallo, transcrito parcialmente, sobre la matización de los principios penales en el marco de la potestad sancionatoria ejercida por la Administración Pública venezolana, nos conduce a sostener, pese a su ambigüedad, en virtud de que aparece montada sobre la base de la proscripción de la ley en blanco y del sistema de la "remisión residual", que coincide –en materia de tipificación (exigencia de ley cierta) con la tesis correspondiente construida en España tanto por la

jurisprudencia como por la doctrina, por supuesto, sin las precisiones de ésta, resumida en el punto anterior, pero sí con su postulado básico: la norma que tipifica debe contener los elementos esenciales que permitan predecir con cierto grado de certeza las conductas infractoras, razón por la cual están prohibidas las cláusulas generales, genéricas e indeterminadas que otorgan excesivo arbitrio a la autoridad.

A ese postulado precisamente se refiere el fallo cuando rechaza el contenido "residual" de la pretendida "ley cierta", por presentar una previsión totalmente en blanco, "porque no sería posible determinar aquellas situaciones que no están contempladas como ilícitas por la ley, además de dejar en manos de la Administración la posibilidad de calificar como ilícitos supuestos que no han adquirido dicho carácter por virtud de la ley". En ese mismo orden de ideas afirma que admitir la generalidad en la descripción de la presunta conducta infractora mediante la residualidad, implicaría otorgar una potestad muy amplia a la Administración, en virtud de que faculta a ésta para crear el supuesto de hecho constitutivo del hecho ilícito.

Queda claro entonces el alcance de la matización establecido en esta primera sentencia por la Sala Constitucional, el cual de ninguna manera, a pesar de referirse a los "contornos menos rígidos" no debilita y mucho menos sacrifica, antes por el contrario, reivindica a la garantía de la exigencia de la ley cierta en los términos antes indicados, en virtud de que impone en la configuración de la norma tipificante unos elementos mínimos o esenciales que permitan predecir la conducta infractora, al rechazar la generalidad derivada de acudir a la técnica de la residualidad para la referida configuración. Pero debemos advertir que la sentencia no niega la validez de la tipificación por remisión, que es totalmente diferente a la "remisión residual", al señalar que "en algunos casos opta por recoger en la norma sancionatoria tanto el supuesto de hecho como la sanción; en otros, para no repetir los supuestos de hecho ya previstos en otros artículos del mismo texto legal opta por hacer remisiones a dichos artículos, inclusive la misma puede estar referida a Títulos, Capítulos...", No obstante, precisa que en ese caso la identificación de la conducta infractora debe hacerse mencionando los artículos o capítulos en que está contenida, nunca utilizando una fórmula residual.

2.2.2.3.3.2. **La última dimensión de la matización**.

2.2.2.3.3.2.1. **La sentencia del 29 de abril de 2003 (impugnación de los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica del Ministerio Público)**. Es necesario señalar que la doctrina sobre la matización o adecuación de los principios penales expuesta en el acápite anterior fue reiterada en sucesivos fallos de la Sala Constitucional, y no es hasta la sentencia del 29 de abril de 2003 cuando sufre una pequeña modificación, o si se quiere una precisión. En efecto, en el citado fallo la Sala declaró en relación a la exigencia de la ley cierta:

"...En lo referente a la tipicidad –como elemento inescindible pero diferenciable del de legalidad–, la misma comprende que la norma legal sancionatoria delimite de manera suficiente *(lex certa)* y con certeza, las conductas ilícitas sobre las cuales versarían la aplicación de sanciones a aplicarse y el establecimiento de las consecuencias punitivas de cada una de esas infracciones. Este principio, de clara aplicación en el campo del derecho administrativo sancionador, conlleva al igual que en caso del principio de legalidad, que no haya una aplicación rigurosa del mismo, toda vez que en dicho sector, a diferencia de los ilícitos penales, concurren una serie de conductas que dada la variedad de las potestades públicas, resultan prácticamente imposibles de compilar en unívocos preceptos normativos que consagren en sí mismos, lo que la jurisprudencia extranjera ha denominado como el *"binomio prohibición-sanción"*, toda vez que las normas penales gozan de una ventaja sobre las regulaciones administrativas.

Este amplio margen de cobertura que debe regular el ámbito administrativo, conlleva a que sus preceptos detenten cierta amplitud para lograr una cobertura considerable de la diversidad de actividades a regular, lo que permite en determinados casos, la utilización de conceptos genéricos, siempre que de su estudio lógico permita la concreción del concepto a las situaciones que se pretenden regular, por lo que no puede utilizarse fórmulas omnicomprensivas que permitan subsumirlas en cláusulas en blanco, que hagan para el ciudadano imprevisible la conducta o permitan a la administración elegir libremente la calificación.

El carácter de las normas administrativas permite que la tipicidad de la norma pueda basarse en cláusulas con cierta indeterminación, las cuales pueden permitir que se apliquen sistemas como la implementación de preceptos generales y de conceptos jurídicos no determinados completamente, o de lista de actos sancionados. Esta modalidad de aplicación normativa permite que el tipo no sea delimitado de manera directa, sino que puede conllevar a la conjunción de dos normas, como lo serían, el dispositivo que implementa el

mandato de prohibición y el que indica que el incumplimiento de dicho mandato acarrea una infracción susceptible de sanción".

El fallo transcrito denota ciertas confusiones conceptuales cuando declara que la gran cantidad de conductas sancionables que pueden derivarse de las múltiples potestades de la Administración, no pueden compilarse en "unívocos preceptos normativos" que consagren en sí mismos, lo que la jurisprudencia extranjera ha denominado el "binomio prohibición-sanción", pues como señalamos *supra*, en el supuesto de que la tesis del binomio prohibición-sanción fuese válida, la misma no guardaría ninguna relación con la señalada compilación de las infracciones en unívocos preceptos normativos, pues, antes por el contrario, el famoso binomio lo que revela es la falta de univocidad normativa, precisamente por tratarse de una prohibición genérica, a la cual no se vincula ninguna sanción, e inclusive, como demostramos precedentemente, podría perfectamente su incumplimiento no resultar sancionable; de allí pues la confusión indicada, o sencillamente el manejo inadecuado de fórmulas lingüísticas doctrinarias, cuya connotación conceptual aparece descontextualizada en la sentencia, lo que desde luego, en nada contribuye a la claridad que deben poseer estos actos judiciales, y concretamente no precisa la idea central del fallo, que no es otra que matizar el criterio anterior sobre los requisitos esenciales que debe revestir la norma sancionatoria administrativa.

La confusión se acentúa cuando se lee el siguiente párrafo fundamental de la sentencia: "El carácter de las normas administrativas permite que la tipicidad de la norma pueda basarse en cláusulas con cierta indeterminación, las cuales pueden permitir que se apliquen sistemas como la implementación de preceptos generales y de conceptos jurídicos no determinados completamente o de lista de actos sancionados" (sic). Este párrafo resulta casi incomprensible, debido a que está construido sobre la base de la simple yuxtaposición de un conjunto de conceptos, razón por la cual tampoco lo que pretende ser una reiteración de la aludida idea central se logra.

En efecto, en primer lugar, no se entiende que relación guarda el carácter de las normas administrativas en general con la tipificación de las conductas infractoras; en segundo lugar, ni siquiera resulta medianamente clara la indeterminación que se predica de las normas tipificantes, al relacionarla con la aplicación de sistemas como la implementación de preceptos generales y de conceptos no determinados completamente, pues si la idea que late en la tesis de la Sala, como realmente parece ser, es

admitir cierta indeterminación en las normas que deben evidenciar la exigencia de la ley cierta, no se requería vincularlas con la implementación de preceptos generales, ni con los conceptos jurídicos indeterminados, los cuales, por cierto, son casi inevitables en el lenguaje utilizado por el legislador, y como es sabido sólo admiten una única interpretación acertada, de allí que la intedeterminación de los mismos, pese a su nombre, sea relativa y; en tercer lugar, la admisión de ese grado de indeterminación en la norma tipificante tampoco está relacionada con la técnica legislativa utilizada para la tipificación, como se afirma en el fallo, pues también es sabido que se puede acudir a un conjunto normativo (dos o más normas) para configurar la exigencia de la ley cierta, sin que ello implique indeterminación en el tipo, o conducta tipificada como infracción.

Pero aparte de esas confusiones conceptuales, que sólo por razones didácticas hemos enunciado, queda claro que el fallo flexibiliza el grado de matización presente en la sentencia de 2002, sobre la base de la imposibilidad de tipificar todas y cada una de las conductas infractoras administrativas en que pueden incurrir las personas, razón por la cual declara que no es posible exigir una aplicación rigurosa del principio de legalidad, lo que permite que en la configuración de la norma tipificante se utilicen conceptos genéricos, y en consecuencia, en esa operación se admita cierto grado de indeterminación.

Sin embargo, si bien es cierto que esa posición de la Sala constituye una especie de ampliación de la anterior doctrina, en virtud de que la flexibiliza, también es cierto que la misma no resulta muy significativa, porque el fallo se cuida de precisar que en ningún caso pueden utilizarse fórmulas omnicomprensivas que permitan subsumirlas en cláusulas en blanco, que hagan para el ciudadano imprevisible (sic) la conducta o permitan a la administración elegir libremente la calificación.

2.2.2.3.3.2.2. **La sentencia del 30 de marzo de 2004 (acción de nulidad contra el artículo 91, num. 29, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal)**. Debemos señalar que en el fallo anteriormente examinado, la tesis original de 2001 sobre la matización, sólo sufre una pequeña modificación, que en realidad no hace más que precisarla; sin embargo, la posición de la Sala Constitucional va a cambiar significativamente en el año 2004, cuando en fecha 30 de marzo decide la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 91, numeral 29, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual preceptúa:

Art. 91. "Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de lo que dispongan otras Leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionan a continuación:

1. *Omissis.*

29. Cualquier otro acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno".

La impugnación estuvo sustentada básicamente en el argumento de que el precepto infringía el principio de tipicidad de las infracciones administrativas establecido en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, porque dejaba en manos de la autoridad contralora la definición del acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno que tipificaban el acto sancionable. Además señaló el impugnante que la nueva ley había roto con el sistema cerrado de infracciones de la anterior, no porque lo hubiese aumentado en doce de ellas, sino porque le otorgó carácter enunciativo, en virtud del numeral 29 impugnado, tornando en la práctica innecesarios los 28 anteriores, pues bastaba en cualquier caso con que la Administración invocara como sustento de su acto sancionatorio el citado numeral 29.

Pues bien, la Sala Constitucional, como bien lo dice el Magistrado Rondón en su voto salvado, olvidó totalmente la doctrina anterior y declaró la constitucionalidad del esquema normativo impugnado, sobre la base de los siguientes razonamientos, que pasamos a enumerar y a analizar:

a) El primer argumento esgrimido por la Sala encuentra sustentación en el hecho de que la ley derogada de la Contraloría, de 1995 –en realidad por un error material la sentencia se refiere a la de 2001, en la cual está contenido el dispositivo impugnado– en su artículo 114 establecía igualmente la facultad de la Contraloría para aplicar sanciones, aunque no estuvieran previstas en el artículo correspondiente a éstas, es decir en el artículo 113 *ejusdem* (contentivo de la lista cerrada de infracciones), y a continuación lo transcribe.

Al respecto resulta insólito que una Sala o un Tribunal Constitucional ante una cuestión tan seria como es la impugnación de una norma consagratoria de un derecho subjetivo de los ciudadanos, o en definitiva de cualquier

instrumento legal, que como es sabido está dotado de una presunción de constitucionalidad, el primer argumento que utilice en su fallo para rechazarla, sea afirmar que en la ley derogada existía una disposición similar, pues en el supuesto de que fuese similar y estuviere vigente porque nunca hubiere sido impugnada su constitucionalidad, ello de ninguna manera autoriza para sostener que su sola vigencia, por no haber sido impugnada, le imprime compatibilidad constitucional a la nueva norma –supuestamente similar– objeto de la impugnación.

Sin dudas que esa extraña forma de razonar implicaría admitir que toda norma de una ley nueva que tenga un contenido similar a una norma de la ley derogada, quedaría ipso iure blindada constitucionalmente, razón por la cual sería inmune jurisdiccionalmente. Por supuesto, que esa es una forma de razonar que ignora una regla hermenéutica de general observancia, aquella que sale al paso de toda interpretación que conduzca al absurdo.

Por lo demás debe dejarse sentado que la similitud, ciertamente existía, pero con una dimensión muy reducida, porque el articulo 114 de la Ley derogada, en primer lugar, reducía las infracciones a las contravenciones legales y reglamentarias no mencionadas en el artículo 113, de la ley; en cambio, el artículo impugnado de la ley nueva las extiende al universo de todas las normas de rango legal y sublegal y hasta políticas y manuales de procedimiento; en segundo lugar, porque la gravedad de la infracción era distinta a las enumeradas en el artículo 114, en razón de que no eran causales de responsabilidad administrativa.

En cambio, las derivadas de la norma impugnada en la nueva ley son idénticas en gravedad a las enumeradas en los 28 numerales anteriores del artículo 91 de la Ley de 2001, en virtud de que todas son causales de responsabilidad administrativa; en tercer lugar, el espacio de la "residualidad" contenido en el artículo 114 era limitado, puesto que la ley en su artículo 127 enumeraba diez infracciones, iguales a las previstas en el 114, que no eran erigidas en causales de responsabilidad administrativa, de tal manera que cuando se armonizaban las infracciones tipificadas en el artículo 113 (17) con las del 127 (10), lógicamente el espacio de residualidad se reducía muchísimo y; en cuarto lugar, la sanción atribuida a las eventuales infracciones residuales derivadas del artículo invocado por la Sala como modelo, era solamente una multa; en cambio; las sanciones atribuidas a las infracciones enumeradas en el artículo 113, por supuesto de la ley derogada, eran múltiples y gravísimas, porque la principal era una multa, pero como

accesorias estaban contempladas la destitución "*ipso iure*" del funcionario, y la posibilidad de la inhabilitación por tres años para ejercer funciones públicas, así como la publicación de la decisión sancionatoria en la Gaceta Oficial; en cambio, las sanciones atribuidas a la infracción supuestamente contenida en el dispositivo impugnado son iguales a las atribuidas al resto de los veintiocho numerales, esto es, multa como sanción principal, y las accesorias de suspensión en el ejercicio del cargo hasta por 24 meses, destitución e inhabilitación hasta por quince años; de allí la evidente diferencia de la gravedad tanto de la infracción como de la sanción, entre el modelo de la ley derogada invocada por la Sala y el esquema normativo de la ley nueva impugnado.

Los razonamientos anteriores demuestran que el modelo normativo esgrimido como argumento para justificar la compatibilidad constitucional del esquema normativo impugnado, realmente no era tan similar como lo afirmó la Sala Constitucional, y ello pese al carácter residual que ciertamente poseía, lo que debió tomarse muy en cuenta, por lo menos para no erigirlo en basamento, mucho menos en el primero, para proclamar la constitucionalidad del artículo 91, numeral 29, de la LOCGRSNCF.

En cuanto al cuestionamiento de la configuración del mandato de tipificación, más concretamente a la inexistencia de la "ley cierta" que el mismo implica, realizado por el impugnante, la Sala Constitucional comenzó su análisis tratando de desvirtuar una cita del libro del autor Español A. Nieto "Derecho Administrativo Sancionador", formulada por el recurrente para reforzar su argumento acerca del carácter de norma en blanco del dispositivo impugnado. La cita era la siguiente: "La tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra".

La Sala a los fines de rechazar la cita afirma que la misma había sido incompleta, "ya que del mismo texto se consultó y se constató que la culminación de la idea es la siguiente: "La descripción rigurosa y perfecta de la infracción es salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen a la parálisis normativa a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras".

Pues bien, ante este otro razonamiento de la Sala, que por cierto aparece descontextualizado en la sentencia, porque del mismo no se extrae ninguna conclusión, ya que está destinado exclusivamente al parecer en

poner en evidencia el error en que habría incurrido el recurrente, no queda mas que lamentar que los integrantes de la Sala hayan leído mal el libro que citan, pues el autor Alejando Nieto, que quizás sea el mayor y mejor teórico de habla hispana sobre el Derecho Administrativo Sancionador, a todo lo largo de ese texto reitera en muchas oportunidades que el mandato de tipificación, relacionado con la exigencia de la "ley cierta" implica que "la suficiencia de la tipificación, es en definitiva una **exigencia de seguridad jurídica y se concreta, ya que no en la certeza absoluta, en la predicción razonable de las consecuencias jurídicas de la conducta"**.

De tal manera que en el desarrollo de esa línea argumental acuña el concepto de tipificación suficiente esgrimido en la cita que se pretende desvirtuar, la cual significa que la norma tipificante contenga los elementos esenciales de la descripción de la infracción y de la sanción, lo que por cierto resulta totalmente contrario a una norma en blanco de carácter residual, como la contenida en el precepto impugnado.

Es verdad que a continuación del párrafo citado por el recurrente, el autor después del punto y aparte expresa el criterio recogido en la cita de la sentencia, pero lo hace en la línea argumental seguida en el libro, no para negar su tesis anterior, que insistimos en ese punto resulta fundamental, sino más bien para confirmarla, en tanto en cuanto postula que para la predeterminación de la infracción y de la sanción (*lex certa*), basta con que la norma tipificante contenga los elementos esenciales de esa predeterminación, ya que resulta prácticamente imposible la descripción rigurosa, detallada y perfecta de la infracción. Parece clarísimo entonces que el segundo párrafo no está destinado, como se afirma en la sentencia, a rechazar el primero, tal como se dice en la sentencia al expresar que no se culminó la idea, sino más bien atendiendo a los principios más elementales de lógica formal, a **reforzarlo**.

Hemos querido hacer esta aclaratoria de ninguna manera para poner en evidencia el error de la Sala, y favorecer al impugnante, sino para demostrar que en esa cita NIETO, ni en ninguna parte de su libro aboga por la completa indeterminación de la norma tipificante (en blanco), pues por el contrario acuña el aludido concepto doctrinal de **tipificación suficiente**, la cual –precisa el autor– es diferente a la tipificación penal, que en términos generales es exhaustiva, rigurosa y completa. Por supuesto, que si esa tesis hubiese sido compartida por la Sala Constitucional el tenor de la sentencia que profirió en el caso habría sido diferente.

El otro razonamiento de la Sala para declarar la compatibilidad del artículo 91, numeral 29, de la LOCGRSNCF es el siguiente:

"...debe la Sala recordar que la actividad administrativa, por su propia naturaleza, se encuentra en un constante movimiento y evolución, suscitándose con frecuencia nuevas situaciones y necesidades que no pueden ser en su totalidad previstas por el legislador, estimándose por tanto que el sujetar la actuación de las autoridades administrativas, a lo que prescriba exclusivamente un texto de carácter legal, conllevaría indefectiblemente a que la gestión pública se torne ineficiente e incapaz de darle respuesta a las nuevas necesidades del colectivo.

Por ello se ha venido aceptando que es viable que el legislador, en la misma ley, faculte a la Administración para que dicte reglas y normas reguladoras de la función administrativa, que le permita tener cierta libertad de acción en el cumplimiento de sus funciones propias, lo cual de modo alguno puede estimarse como una transgresión de los principios de legalidad y de reserva legal.

Además, la Sala considera que por razones de técnica legislativa, ante la multiplicidad de normativas dictadas en esta materia y el dinamismo que pudieran revestir los mecanismos utilizados por los organismos o entidades para regular su sistema de control interno, el artículo 91 de la Ley no puede enumerar todas y cada una de dichas normas, bajo el riesgo de excluir alguna de ellas o de que pierda su vigencia en el tiempo cuando se modifique, o elimine alguna de ellas. Por lo cual el numeral 29 del referido artículo 91, no resulta ambiguo, ya que de la redacción del legislador se desprende que no está referido a un número ilimitado de actos hechos u omisiones, sino que se circunscribe o limita a aquellas actuaciones que resulten contrarias a una norma legal o sublegal al plan de organización, las políticas normativas internas, los manuales de sistemas y procedimientos dictados dentro del ámbito del control interno con el propósito de salvaguardar el patrimonio público y procurar la eficacia y legalidad de los procesos y operaciones institucionales.

Así las cosas, estima la Sala que el numeral 29 del artículo 91 de la normativa impugnada, se ajusta a las tendencias más recientes que ha asumido la doctrina respecto al principio de la legalidad de las penas y las infracciones, por cuanto el ilícito administrativo que da lugar a la responsabilidad ha sido especificado por el legislador de manera clara y cierta, con lo que se logra que el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y las consecuencias de sus actos, a los fines de evitar aquellas conductas que pudieran ser objeto de sanción, y por la otra que no quede a la

discrecionalidad de la autoridad contralora de que se trate la determinación arbitraria de la correspondiente figura delictual y la potestad irrestricta para imponer sanciones. En realidad lo que se sanciona es la violación de normas, así como de formas de proceder establecidos, como son las que recogen los manuales de sistemas y procedimientos.

Por lo que la Sala desestima el alegato esgrimido por el recurrente respecto a la inconstitucionalidad del numeral 29 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en consecuencia se declara sin lugar el recurso ejercido. Así se decide".

Respecto de este razonamiento debemos señalar que no entraremos a examinar la parte relativa a la denominada colaboración o complementación reglamentaria, a que alude la sentencia al legitimar que las infracciones estén previstas en todo tipo de normas de rango legal o sublegal, e inclusive en políticas y manuales de procedimiento, pues lo haremos al estudiar la garantía de la reserva legal. Pero en cuanto concierne a la tesis relativa a que la exigencia de la ley cierta aparece contenida en el artículo 91, numeral 29, de la LOCGRSNCF, se ajusta al artículo 49, num. 6, de la Constitución, motivo por el cual **no resulta ambiguo,** ya que de su redacción se desprende que no está referido a un número ilimitado de hechos, debemos rechazarla totalmente, no sólo porque contraría el sano criterio sobre tipificación esgrimido en las dos sentencias antes analizadas, las cuales ciertamente –recordamos– declaran que en el ámbito de la potestad sancionatoria administrativa la norma tipificante admite un cierto grado de indeterminación, tal como lo afirma Nieto, al exigir la suficiencia, y a la vez se cuidan de enfatizar que ese grado de indeterminación en ninguna hipótesis puede condicionar a la aprobación de normas tipificantes, acudiendo a la utilización de fórmulas omnicomprensivas que permitan subsumirlas en cláusulas en blanco, que hagan para el ciudadano imprevisible (sic) la conducta o permitan a la administración elegir libremente la calificación.

Debemos rechazarla también porque contiene un argumento que carece de veracidad, cuando afirma que el dispositivo impugnado **no está referido a un número ilimitado de hechos que constituyan infracciones o supuestos de responsabilidad administrativa**. En efecto, basta leer dicho dispositivo para percatarse que se trata de una norma en blanco, porque carece de tipificación (no contiene ni un solo elemento, mucho menos esencial que permita identificar la conducta infractora), y por ende, no responde a la exigencia de la ley cierta. En ese orden de razonamiento se observa que deja en manos de la Administración la calificación discrecional

de cualquier conducta como ilícito administrativo, con el agravante de que esa calificación no sólo proviene de cualquier tipo de norma legal o sublegal, sino también de actos administrativos de efectos particulares, como son las políticas, los manuales de procedimiento y el plan de organización, con la particularidad de que estos actos pueden y deben revestir distintos contenidos en cada uno de los innumerables órganos y entes que conforman la Administración Pública venezolana. Atendiendo a esa incontrovertible situación nos preguntamos entonces si son o no indeterminados los hechos que pueden llegar a ser constitutivos de infracciones a tenor del dispositivo en comento, y por supuesto, que a despecho de lo que sostiene la sentencia, no queda mas que responder que son absolutamente indeterminados.

Igualmente nos preguntamos si acaso el examen del mismo resiste la regla de la exigencia de la suficiencia, o de la constancia de la predeterminación inteligible de la infracción, y la respuesta atendiendo a los razonamientos anteriores tiene que ser negativa. Ahora bien, frente a esa tesis de la Sala Constitucional todos los funcionarios públicos que de alguna manera manejan o administran recursos, o sencillamente detentan el estatus de funcionario público, porque hay que tener en cuenta que varios de los supuestos de responsabilidad administrativa enumerados en los primeros veintiocho numerales del artículo 91 de la LOCGRSNCF, no se refieren a la administración de recurso públicos, y como la infracción contenida en el artículo 91, num. 29, de la Ley, no sólo es ambigua, sino absolutamente indeterminada, por no decir inexistente desde el punto de vista sustantivo, es a la postre una causal de responsabilidad administrativa igual a todas las mencionadas en el artículo, no queda mas que concluir en que teóricamente todos los funcionarios están expuestos a esta especie de "horca caudina" diseñada en el referido esquema normativo, contrariando ostensiblemente una de las garantías fundamentales de los ciudadanos, como es la exigencia de la ley cierta en la tipificación de las normas sancionatorias.

Demás está repetir que carece de validez el manido argumento de que por razones de técnica legislativa, ante la multiplicidad de normativas dictadas en esta materia y el dinamismo que pudieran revestir los mecanismos utilizados por los organismos o entidades para regular su sistema de control interno, el artículo 91 de la Ley no puede enumerar todas y cada una de dichas normas, bajo el riesgo de excluir alguna de ellas o de que pierda su vigencia en el tiempo cuando se modifique, o elimine alguna de ellas, porque insistimos frente a una garantía de un derecho fundamental,

como el consagrado desde la perspectiva del ciudadano en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, deben ceder todos los alegatos de orden técnico, administrativo, gerencial que se puedan invocar, y por consiguiente preservar esa garantía. No existe otra posición hermenéutica en un Estado de derecho y de justicia.

Más aún, conviene enfatizar, a los fines de desvirtuar la tesis de la multiplicidad de infracciones que pueden producirse en el ámbito administrativo, para justificar la validez de normas sancionatorias en blanco, como la declarada constitucional en la sentencia, que la regla recogida en las anteriores sentencias no pone límites al número de normas sancionatorias que pueda sancionar el Estado, pues los límites están en la configuración suficiente, en los términos expuestos, que deben reunir cada una de ellas, independientemente de su número de tal manera que el argumento de la cantidad o de la obsolescencia resulta absolutamente impertinente, para tratar de legitimar la inconstitucionalidad de una norma sancionatoria en blanco, como la examinada.

Sobre la tesis relativa a las peculiaridades de la tipificación de las infracciones administrativas, derivado del hecho de que el repertorio de delitos en materia penal es cuantitativamente limitado, de tal manera que los catálogos del Código Penal y demás leyes penales, por muy amplios que parezcan son fácilmente cognoscibles, "mientras que el repertorio de infracciones administrativas es literalmente indominable y si se pretendiera ser exhaustivo, **comprendería bibliotecas enteras"**, debemos señalar que la compartimos con el autor Alejandro Nieto, al que por cierto no se le reconoce su autoría en el fallo. Pero desde luego, lo que no compartimos con la Sala, y tampoco forma parte de la tesis del citado autor español, es que la referida peculiaridad de la tipificación administrativa autorice a declarar la compatibilidad constitucional de una norma totalmente en blanco, con el principio de legalidad sancionatorio, recogido en forma incuestionable en Venezuela en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución.

Frente a una sentencia como la analizada, proveniente de la Sala Constitucional, cuyas interpretaciones, no está demás recordar, de las normas y principios constitucionales, tienen carácter vinculante, no queda mas que ejercer el único control posible en el ordenamiento jurídico, especie de control difuso, que no es otro que analizarla crítica y descarnadamente con la finalidad de abrir espacios de discusión en los ambientes forenses y académicos, para intentar que se produzca un proceso de reinterpretación del

precepto constitucional contenido en el artículo 49, numeral 6, que conduzca a modificar el criterio, pues el contenido de la sentencia revela una seria involución en la denominada tesis de la matización de los principios penales en el ámbito del ejercicio de la potestad sancionatoria, que se traduce en la práctica en un sacrificio de los mismos, en cuanto concierne a la garantía material de la exigencia de la ley cierta. Esperemos que pronto se retorne a la primera dimensión de la tesis sobre la "matización" examinada.

2.3. **La garantía formal: reserva legal o principio de legalidad**.

2.3.1. **Una aclaratoria necesaria: principio de legalidad y reserva legal en materia sancionatoria**. Consideramos necesario precisar que en el ordenamiento jurídico venezolano, al igual que en el resto de los ordenamientos jurídicos el denominado principio de legalidad, admite modulaciones en función de su alcance, sobre la base de su generalidad o especificidad. Así, tiene el mayor alcance aquel que responde a la formulación original surgida en el tránsito del Estado absoluto al Estado de derecho, con el advenimiento de la Revolución Francesa, y que en términos muy sencillos, implicó el deber de la estricta sujeción a la ley, tanto de los ciudadanos como de las autoridades estatales.

Cabe recordar que dicho principio, con la connotación indicada, cobra vigencia al superarse la desvinculación del monarca de los textos legislativos, derivada de la tesis de la soberanía formulada por Bodino, según la cual el rey era superior a la ley, por ser el autor de la misma, y en consecuencia no podía quedar vinculado por sus propios mandatos. Ese principio fundamental del Estado de derecho, elaborado por Rousseau, quedó recogido en el artículo 3 de la Constitución Francesa de 1791, así: "No hay en Francia autoridad superior a la ley. El Rey no reina sino por ella, y sólo en nombre de la ley puede exigir obediencia".

Pues bien, a esa acepción amplísima del principio de legalidad responde el precepto contenido en el artículo 137 de la Constitución que estatuye: "Esta Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen", el cual debe armonizarse con el artículo 131, *ejusdem*, que impone el deber a toda persona de cumplir y acatar la Constitución y las leyes. De modo, pues, que el texto constitucional diseña el principio de legalidad como una obligación de los ciudadanos de acatar las leyes, en el sentido de no hacer aquello que éstas prohíban, y como la facultad de hacer todo aquello

que éstas no prohíban, y para los titulares de los órganos de los Poderes Públicos el acatamiento supone hacer únicamente aquello que las leyes expresamente les autoricen. Por supuesto, que el término ley en el marco de la amplitud del principio bajo examen, resulta equivalente a norma jurídica, independientemente de su rango.

La portada general de este principio admite concreciones que responden a los criterios orgánico y funcional. Así por ejemplo, la más conocida es recogida bajo la denominación de **principio de legalidad administrativa**, porque en esa hipótesis el principio general limita su alcance a los Poderes Públicos, y funcionalmente comporta el deber de sujeción a las leyes de todos los órganos de la Administración Pública, los cuales sólo pueden actuar si existe la correspondiente norma atributiva de competencia. Cabe destacar que así aparece recogido el principio en el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001.

La otra concreción que admite el principio general de legalidad tiene su origen en la propia Constitución, debido a su trascendente función garantista, y recibe la denominación de **principio de legalidad penal**, que dicho sea de paso surge también en los albores de la Revolución, siendo recogido en el primer Código Penal francés y responde a la tesis construida en el marco de la doctrina liberal del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. La especificidad consiste precisamente en derivar de la ley las garantías necesarias para preservar el derecho de libertad frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Garantías que impiden que una persona sea sancionada por una conducta que no esté tipificada como delito en una ley previa, la cual debe revestir rango legal.

Como afirmamos antes el derecho a castigar durante el Estado absoluto, debido a la concentración de poderes en la figura del monarca era compartido entre los Tribunales y el Gobierno o Administración. Ahora bien, pese a la contradicción que ello implicaba con el principio de separación de poderes, esa forma de sancionar, por las razones expuestas, pasó al Estado de derecho, razón por la cual la Administración en muchos países hereda la potestad punitiva del antiguo régimen, y en el siglo XX finalmente es constitucionalizada, pero teniendo el cuidado de sujetar su ejercicio a las garantías propias del Derecho Penal.

Planteada así la situación no debe extrañar que cuando se alude a la potestad sancionatoria de la Administración Pública, los operadores jurídi-

cos suelan vincularla al principio de legalidad, desde luego sancionatorio; no obstante, en el manejo de esos conceptos pueden suscitarse confusiones, sobre todo porque al fin y al cabo cuando la Administración sanciona a un administrado, ciertamente debe estar facultada por una norma jurídica (norma atributiva de competencia), caso en el cual la referencia sería al **principio de legalidad administrativa**, cuya violación daría lugar a vicios típicos del acto administrativo, derivados de la incompetencia del órgano, tales como la usurpación o extralimitación de atribuciones.

En cambio, en el ejercicio de la potestad sancionatoria por la Administración Pública se infringiría, por ejemplo el **principio de legalidad penal**, ahora **sancionatorio**, aunque la sanción sea impuesta por el órgano competente, si ésta, por ejemplo, aparece fundamentada en una norma en blanco, o en una norma de rango sublegal, que no sea expresión de la denominada colaboración reglamentaria. Esa confusión, por ejemplo, se evidencia en un párrafo de la sentencia dictada por al Sala Constitucional el 29 de abril de 2003, que a la letra dice "...la potestad "devengada" (sic) por la Administración viene determinada por **el principio de legalidad;** sin embargo es de destacar, que la legalidad no detenta la misma rigurosidad en materia penal que en la administrativa". Cuando en la sentencia se alude a la potestad "devengada" por la Administración, quizás sin proponérselo se refiere al principio de legalidad administrativa (norma atributiva de competencia), para inmediatamente vincularlo con el principio de legalidad sancionatorio de la Administración, es decir, como si se tratara del mismo principio. He allí la confusión.

También en el contexto de ese marco conceptual puede ocurrir que la garantía de la tipificación no se considere como parte integrante del principio de legalidad sancionatorio, y aunque puede considerarse un error menor, no deja de suscitar confusión. En ese sentido es posible encontrar un ejemplo de la mencionada confusión en la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 21 de noviembre de 2001, en la cual se expresa: "...En ese mismo sentido observa esta Sala, que el **principio de legalidad** en materia sancionatoria –invocado por la parte accionante como lesionado– está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la **tipicidad de los delitos**..."

Admitimos que esta confusión puede considerarse menor porque algunos autores, quizás por razones didácticas, separan al principio de legalidad sancionatorio del principio de tipificación. En la presente obra compartimos la tesis ya enunciada, formulada tempranamente por el Tribunal

Constitucional español, que deriva del principio de legalidad sancionatorio, una garantía material, que se desagrega en las exigencias de la **ley previa o preexistente y de la ley cierta**, lo que se traduce en términos de Nieto (1994) en el mandato de tipificación, y una garantía formal, que consiste en exigir que la ley previa y cierta tenga rango legal, o lo que es la mismo, la exigencia se traduce en la garantía de la reserva legal.

A la luz de los razonamientos anteriores es posible proponer una visión global y sistemática del principio de legalidad así: conforme a la Constitución rige el principio de legalidad general, que implica la sujeción a la ley, conceptuada como norma jurídica, tanto de los ciudadanos como de los órganos de los poderes públicos. Ese principio general admite concreciones, la primera bajo la denominación de "principio de legalidad administrativa", que implica que toda actuación de la Administración debe estar sustentada en una norma atributiva de competencia, y encuentra fundamentación específica en la Ley Orgánica de la Administración Pública, la segunda bajo la denominación actual del principio de legalidad sancionatorio, que implica rodear el ejercicio de la potestad punitiva del Estado de las garantías de la tipificación y de la reserva legal. Esta modalidad a su vez admite una división, dando lugar al principio de legalidad sancionatorio de la Administración, y el principio de legalidad penal.

Ahora bien del principio de legalidad sancionatorio, en cualquiera de sus modalidades, se derivan la garantía material de la tipificación, y la garantía formal de la reserva legal. Cuando la referencia es a la potestad sancionatoria de la Administración, algunos autores suelen distinguir entre tipificación y principio de legalidad, utilizando esta denominación para aludir a la garantía de la reserva legal. Pensamos que esa manera de enfocar el tema puede suscitar confusión, razón por la cual compartimos la tesis que postula que el principio de legalidad sancionatorio, sólo admite a los fines de su estudio sistemático la división atendiendo a las garantías en él implicadas: el mandato de tipificación y la reserva legal. Con ese esquema conceptual se evitan las indicadas confusiones, y sobre todo se evita aquella de la cual pareciera predicarse una equivalencia entre principio de legalidad administrativa y principio de legalidad sancionatorio administrativo.

2.3.2. **La garantía de la reserva legal**.

2.3.2.1. **La reserva legal en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa**. Como es sabido la reserva legal es una institu-

ción clave en la consolidación del Estado democrático y de derecho, que tiene su origen histórico en el parlamentarismo inglés de la Edad Media, pero que encuentra su consagración doctrinaria en el publicismo alemán del último tercio del siglo XIX, articulada actualmente sobre la premisa básica relativa a que toda restricción a la libertad de los ciudadanos, solamente puede ser impuesta por sus representantes legítimos en el Parlamento, de tal manera que únicamente mediante leyes formales resulta posible regular el derecho a la libertad, conceptuado en términos amplios. Por esa razón se ha dicho que la reserva legal comporta una obligación para el Parlamento de legislar en determinadas materias, y correlativamente una interdicción para el Poder Ejecutivo o la Administración en ese mismo sentido. Por supuesto que ese concepto se ha relativizado con el otorgamiento de la potestad normativa a los gobiernos, en las Constituciones, mediante la figura de los decretos leyes y de los decretos legislativos.

Por otro lado, en casi ninguna Constitución, por no decir en ninguna, se encuentra un dispositivo que regule global y sistemáticamente la reserva legal, razón por la cual la detección de las materias de reserva legal queda a cargo generalmente de la doctrina y de la jurisprudencia, y ello ha conducido a que la figura admita varias clasificaciones. En esa línea argumental en Venezuela puede hablarse, por ejemplo de reserva legal absoluta y de reserva legal relativa, de reserva legal de ley ordinaria y reserva legal de ley orgánica, de reserva legal por ley formal, y reserva legal por decreto ley, de reserva legal material y reserva legal formal. Y finalmente es posible hablar de reserva legal de parlamento, para referirse a un conjunto de materias que sólo son susceptibles de ser reguladas por la Asamblea Nacional, excluyéndose toda posibilidad de que puedan ser objeto de decretos leyes.

A los fines del examen de la garantía de la reserva legal en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, no se requiere tratar de encuadrarla en ninguna de esas clasificaciones, pues lo que interesa es indagar como opera esa garantía, pues resulta incuestionable que en el ámbito penal tiene un carácter casi absoluto, puesto que la norma que tipifica el delito o la falta así como la pena, deben detentar rango legal, so pena de infringir el dispositivo contenido en el artículo 49, num. 6, del texto constitucional. Para esa indagación debe tenerse en cuenta la afirmación que hicimos precedentemente relativa a que la tesis de la "matización" incidía de manera significativa en esta garantía; por consiguiente, se impone determinar ese grado de incidencia.

2.3.2.2. **La "matización" de la garantía de la reserva legal**. Es preciso hacer hincapié en que la figura de la reserva legal estructuralmente puede operar de dos maneras: la materia objeto de la reserva legal es regulada exhaustivamente por la ley formal, configurándose de esa manera una interdicción total para el reglamentista de incidir sobre dicha materia. Esa modalidad suele llamarse reserva legal absoluta, y desde luego que actualmente es muy difícil, desde el punto de vista práctico, abogar por su procedencia, lo que no quiere decir que deba excluirse desde el punto de vista teórico, pues siempre existirán excepciones que obliguen a acudir a la técnica de la reserva legal absoluta. Precisamente una de esas excepciones encuentra concreción en el delineamiento de la potestad sancionatoria penal, dado que la reserva abarca tanto la tipificación de las infracciones, como de las sanciones.

Pero también puede operar la figura de la reserva legal mediante la regulación de los principios básicos de la materia en la ley formal, permitiendo la colaboración del reglamento a los fines del desarrollo y ejecución de esos principios, de tal manera que la reserva se configura en un marco normativo formado por la ley y el reglamento. Como es posible imaginar esa es la modalidad que generalmente priva en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y desde luego, también en Venezuela.

Es necesario subrayar que esta modalidad de reserva legal, calificada por la doctrina de relativa, reviste la particularidad de que requiere la sanción de una ley contentiva de la normativa básica sobre la materia, la cual va a ser desarrollada por los instrumentos de rango sublegal, por supuesto atendiendo a los parámetros contenidos en la remisión, sin poder el reglamentista intentar crear dispositivos normativos contrarios, o sencillamente diferentes, a los elementos básicos contenidos en la ley, pues cualquier reglamento que contenga una normación independiente del correspondiente texto legal, estará viciado de nulidad absoluta, tal como se desprende del artículo 156, numeral 10, de la Constitución. Esos elementos básicos de la ley constituyen una condición *sine qua non* para que pueda operar la referida colaboración reglamentaria, pues de lo contrario se produciría una verdadera deslegalización, absolutamente prohibida cuando se trate de regular materias que forman parte de la reserva legal.

Pues bien, la "matización" de esta garantía en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, se inscribe dentro de la denominada reserva legal relativa, porque tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido en forma casi unánime, que debido a la vinculación si no causal,

funcional de esta potestad con el logro de las finalidades de interés público asignadas a la Administración, para la cual debe realizar múltiples y disímiles actividades, así como "el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias", es necesario atenuar el rigor propio de la exigencia de normas de rango legal para tipificar tanto delitos como sanciones, propia del ámbito penal; y en consecuencia, admitir que la exigencia de la garantía de la reserva legal debe flexibilizarse, nunca sacrificarse, inclusive en las denominadas relaciones de sujeción especial.

2.3.2.3. **Requisitos que deben cumplirse en la flexibilización de la garantía de la reserva legal**. La aceptación de que la exigencia de la garantía de la reserva legal en materia sancionatoria administrativa, no puede revestir el mismo rigor que en materia penal, ha conducido a la formulación de la tesis de "la cobertura legal", la cual implica que tanto la tipificación de las infracciones como de las sanciones administrativas, debe realizarse necesariamente por normas de rango legal. Pero en el primer caso, esa norma debe contener los elementos esenciales del tipo, para que sean desarrollados, conforme a los parámetros de la remisión contenida en la misma ley, por el reglamento, originando esa forma de tipificación la denominada doctrinariamente colaboración o complementación reglamentaria.

Es muy importante que quede claro a los fines de la correcta aplicación del artículo 49, numeral 6, de la Constitución, el cual en este punto, sin dudas se refiere a la ley formal, que el instrumento normativo de rango legal, contenga los señalados elementos mínimos del tipo, porque en el caso de que los omita, y adopte un tenor como el siguiente: se consideran infracciones a esta ley todas aquellas acciones u omisiones calificadas en su reglamento, en realidad se produciría una verdadera deslegalización, puesto que materias que según la Constitución deben ser reguladas por ley, pasarían en virtud de una remisión genérica a ser reguladas por el reglamento, violándose de esa manera la prohibición al Ejecutivo implícita en la figura de la reserva legal. Además, porque en ese caso no existiría ninguna complementación reglamentaria, dado que como resulta de lógica elemental, para poder hablar de complementación se requiere que existan previamente los elementos normativos que van a ser complementados, los cuales –insistimos– serían omitidos en la ley que contenga una remisión como la ejemplificada.

Por esa razón resulta indudable que en Venezuela cualquiera disposición sancionatoria de rango legal, que reenvíe pura y simplemente al reglamento la tipificación de las infracciones administrativas estará viciada de

nulidad, por contrariar ostensiblemente el citado artículo 49, numeral 6, constitucional, y que la flexibilización de la garantía de la reserva legal sólo será válida si el instrumento sancionatorio de rango legal contiene un mínimo de contenido material en los términos antes expuestos; de lo contrario en nombre de una supuesta matización se estará sacrificando la garantía constitucional bajo examen.

Otra condición de validez de la flexibilización en la exigencia de la garantía de la reserva legal, radica en que aun cuando la ley formal esté dotada del referido contenido material mínimo, éste debe funcionar como un parámetro que obligatoriamente será acatado por el reglamentista, el cual estará limitado en su actuación, únicamente a desarrollar ese contenido, en virtud de que en el proceso de colaboración rige la máxima relativa a que la misma siempre será subordinada y dependiente de la ley. Así, por ejemplo, el reglamento no puede crear nuevas infracciones, ni separarse de los elementos esenciales contenidos en el tipo legal, porque en ese caso la colaboración de subordinada y dependiente de la ley, adquirirá el carácter de independiente, lo que por supuesto configuraría un vicio de inconstitucionalidad.

En esta línea argumental resulta concluyente que a la luz del citado artículo 49, num. 6, constitucional, existe una interdicción absoluta para el Poder Ejecutivo de tipificar infracciones y sanciones administrativas, por vía reglamentaria en ausencia de una ley, pues la única manera de que se produzca la colaboración o complementación reglamentaria es mediante los denominados reglamentos ejecutivos, que como es sabido sólo cobran virtualidad en función de una ley previa. Por lo demás tal prohibición aparece recogida desde el año 1982, cuando todavía no había sido constitucionalizada la potestad sancionatoria de la Administración, en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que prescribe: "Ningún acto administrativo {recuérdese que en Venezuela priva la tesis de que los reglamentos son actos administrativos} **podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes..."**

Por lo que respecta a las sanciones administrativas la flexibilización de la garantía bajo examen, comporta la exigencia que la ley formal o el instrumento de rango legal correspondiente debe regular la naturaleza y los límites de las mismas. Es así como una vez enumeradas las sanciones en la ley, así como sus límites máximos, puede atribuirse al reglamentista la regulación de su aplicación atendiendo al principio de proporcionalidad, de tal manera que nada obsta para que el reglamento establezca la vinculación

entre infracción y sanción no contemplada en la Ley. Desde luego, que mediante la colaboración reglamentaria de ninguna manera puede modificarse el cuadro de las sanciones contempladas en la Ley, ni tampoco ésta puede tipificar las infracciones y remitir al reglamento el establecimiento de las sanciones, sus clases y sus límites, porque también en esta hipótesis se configuraría la deslegalización antes examinada, que prohíbe la deslegalización en la tipificación de las infracciones administrativas.

En fin, la flexibilización de la exigencia de la garantía de reserva legal implica que la denominada colaboración o complementación reglamentaria opere sobre la base del cumplimiento de los antes indicados requisitos, pues de lo contrario se corre el riesgo de que la ley contenga normas en blanco, que por sí mismo revelan una clara infracción a la garantía de la reserva legal.

2.3.2.4. **Las denominadas normas en blanco**. Esta figura cuya denominación al parecer se debe en Alemania a Binding, por supuesto enmarcada en el ámbito penal, está relacionada tanto con la garantía de la tipificación como con la garantía de la reserva legal, y la relación es tan estrecha que no es posible predicar la existencia de una norma de esta clase, si no es examinada tomando como base el modelo expuesto hasta aquí sobre la exigencia de la ley cierta y de la reserva legal en el ámbito de la potestad sancionatoria administrativa. En cuanto concierne a la reserva legal, es necesario precisar que existe una gran diferencia entre una norma incompleta y una norma en blanco a ciegas, como la denomina NIETO (1994), ambas contenidas en un instrumento de rango legal, en virtud de que la primera contiene los elementos esenciales del tipo, y remite al reglamento su complementación, en los términos y condiciones antes explicados; en cambio, la norma en blanco es aquella que carece de ese contenido mínimo o suficiente en la tipificación (ley cierta), y remite enteramente al reglamento el establecimiento de las infracciones o de las sanciones, o de ambas a la vez.

En ese orden de ideas conviene traer a colación un párrafo de una sentencia, que resulta bastante ilustrativo al respecto, del Tribunal Constitucional español, de fecha 7 de abril de 1987: "...debe reputarse contraria a las mencionadas exigencias constitucionales, no sólo la regulación reglamentaria de las infracciones y sanciones carentes de toda base legal, sino también la simple habilitación legal a la Administración por norma de rango legal vacía de contenido material previo para la tipificación de los ilícitos administrativos y de las correspondientes consecuencias sancionatorias".

El párrafo ciertamente resulta bastante ilustrativo de la enunciada diferencia, y permite sostener que sólo puede hablarse de verdadera norma en blanco cuando el legislador en materia sancionatoria administrativa, incumple la orden implícita en la reserva legal de regular la materia por lo menos en sus elementos mínimos esenciales, y por el contrario habilita al reglamentista para que asuma la competencia que le ha atribuido la Constitución, y a la cual renuncia. La falta de esos elementos puede estar referida tanto a las infracciones, como a las sanciones, o a ambos, y por supuesto origina una norma totalmente vacía de contenido material; de allí entonces su denominación "en blanco", y de allí también la razón de su evidente inconstitucionalidad.

Es necesario diferenciar entonces entre la norma sancionatoria incompleta, porque sólo contiene unos elementos que constituyen su núcleo esencial, que remite al reglamento su complementación, y la norma vacía de contenido material (verdaderamente en blanco), que reenvía al reglamento la regulación de la materia que la Constitución le reserva al legislador. En el primer caso la matización de la garantía bajo examen resulta compatible con el artículo 49, numeral 6, del texto constitucional, y en el segundo caso no puede hablarse de matización, sino más bien de sacrificio de esa garantía, y por ende, operaría una clara incompatibilidad con el citado precepto constitucional.

Debe quedar claro que puede predicarse una norma en blanco tanto en relación a las infracciones como a las sanciones, y que una disposición sancionatoria contenida en una norma en blanco debe reputarse inconstitucional, pero no debe olvidarse que es francamente inconstitucional, por atentar contra la garantía de la reserva legal bajo examen, la norma de rango sublegal, aunque ella contenga todos y cada uno de los elementos de la tipificación de la infracción, como de la consecuencia sancionatoria.

2.3.2.5. **La matización de la garantía de la reserva legal conforme a la doctrina jurisprudencial venezolana.**

2.3.2.5.1. **Las modalidades que puede adoptar la infracción de la reserva legal**. Con fines didácticos hacemos notar que la garantía de la reserva legal implicada en el principio de legalidad sancionatorio puede ser infringido de dos maneras: a) cuando se sanciona la ley a los fines de regular la potestad sancionatoria de la Administración, y se introducen las denominadas "normas en blanco" a ciegas, o sea, aquellas vacías de contenido normativo relativo a las infracciones o sanciones, las cuales pueden tener matices que van desde la ausencia total de contenido, como por ejemplo:

"Las infracciones a la presente ley, así como las correspondientes sanciones serán establecidas en el Reglamento", hasta aquellas que tienen un carácter genérico, porque pese a contener referencia a las infracciones o sanciones, respecto de ellas omiten todo dato esencial que contribuya a identificarlas, atribuyendo en definitiva su tipificación al reglamento.

En este orden de ideas cabe observar la estrecha relación que existe entre la garantía de la tipificación (ley cierta), y la reserva legal, pues en sacrificio de dichas garantías se tiende a intentar corregir los vicios de la tipificación con la reglamentación, acudiendo a la figura anómala de la deslegalización, la cual –insistimos– está prohibida constitucionalmente. Enfatizamos en que esta última figura es completamente diferente a la colaboración o complementación reglamentaria que, como ya afirmamos, es perfectamente admisible en el marco de la matización del ejercicio de la potestad sancionatoria por la Administración.

b) Cuando sin que exista ninguna Ley, la Administración dicte un reglamento en el cual establezca infracciones y sanciones. Por supuesto, que esta es la hipótesis más clara de infracción de la garantía de la reserva legal, en general, derivada de los artículos 156, numeral 32 y 187 de la Constitución, así como de la implicada en el principio de legalidad sancionatorio consagrado en el artículo 49, num. 6, *ejusdem*. Claro está que será más frecuente encontrar casos de violación de la garantía bajo examen, que se inscriban en la primera modalidad, que los que se inscriban en la segunda, los cuales después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, seguramente que serán poquísimos, pero algunos existen como intentaremos demostrarlo más adelante.

Atendiendo a esa clasificación de las modalidades de infracción de la garantía de la reserva legal en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, examinaremos la orientación seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en la matización de la misma.

2.3.2.5.2. **La doctrina de la Sala Constitucional: evolución o involución?**

2.3.2.5.2.1. **La tesis moderna sobre la colaboración reglamentaria**. (**Límites y normas en blanco)**. Debemos señalar que la jurisprudencia de la Sala Constitucional en materia de la garantía de la reserva legal casi siempre, como por lo demás es natural, aparece vinculada al examen de la tipificación, y más concretamente a la exigencia de la ley cierta (primera modalidad), y

desde la sentencia del 21 de noviembre de 2001 comienza a perfilar una doctrina similar a la de la complementación reglamentaria española, esto es, que a los fines de preservar dicha garantía la norma del instrumento de rango legal debe contener el núcleo esencial del tipo (datos básicos del tipo) de las infracciones y sanciones, pudiendo remitir al reglamentista la complementación normativa, y por el contrario, quedan prohibidas las remisiones "genéricas" al reglamentista. En dicho fallo la Sala asienta:

"...En este mismo sentido observa esta Sala, que el principio de la legalidad en materia sancionatoria –invocado por la parte accionante como lesionado–, está estrechamente vinculado a otro principio reconocido como el de la tipicidad de los delitos, conforme al cual, no existe delito sin ley previa que lo consagre, es decir, que toda conducta que constituya un delito, así como las sanciones correspondientes deben estar previamente estipuladas en una disposición normativa, general y abstracta (desde el punto de vista formal) que los defina, pues se entiende que tales sanciones afectan o inciden de manera directa e individual sobre la esfera jurídica de los ciudadanos, por lo que en este caso, no le estaría dado al legislador hacer remisiones "genéricas" para que, mediante un reglamento se establezcan delitos o sanciones relacionados con la Ley de que se trate.

(...) La aplicación del principio de la legalidad de los delitos, faltas y las penas no resulta exclusivo del Derecho Penal sino que ha sido extendido a las diversas ramas del Derecho, con mayor arraigo en los ilícitos y penas administrativas, por lo que actualmente se habla de postulados del Derecho Sancionatorio; de manera que, resulta necesaria la tipificación legal previa de los hechos calificados como delitos o faltas y la anticipada consagración de la medida sancionatoria que le corresponda, y por ello, no podría una ley contener formulaciones genéricas en materia sancionatoria y dejar en manos del Ejecutivo la determinación de los hechos o conductas ilícitas, pues de esta manera se abre la posibilidad de que, en la medida en que se presenten nuevos supuestos jurídicos, se establezcan hechos posteriores que originen tipos delictivos, en cuyo caso la ley estaría delegando la potestad normativa en materia de tipificación de delitos a futuros actos de contenido normativo pero de carácter sublegal.

En realidad la sentencia transcrita recayó sobre la solicitud de nulidad de algunos artículos de la Ley sobre el Régimen Cambiario, y pudiera considerarse que no es significativa porque está referida fundamentalmente al examen del principio de legalidad penal; no obstante, se observa que la Sala extiende esa doctrina al ejercicio de la potestad sancionatoria adminis-

trativa, al declarar que el principio no resulta exclusivo del Derecho Penal, sino que se extiende al Derecho Administrativo Sancionador, y al respecto puntualiza que "no podría una ley contener formulaciones genéricas y dejar en manos del Ejecutivo la determinación de los hechos o conductas ilícitas", lo que revela que la Sala comparte la explicitada tesis de la complementación reglamentaria, al parecer inclusive en materia penal.

Sin embargo, esa misma tesis es recogida en la sentencia dictada por la Sala Constitucional el 11 de junio de 2002, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 52 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, al declarar que:

"En consecuencia, importa destacar que la facultad genérica otorgada a la administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos de un ilícito sancionable, configura lo que se denomina *norma en blanco*, situación ésta, que ha sido objeto del total rechazo por parte de la jurisprudencia.

(...) Analizado lo anterior, observa esta Sala que el sistema de remisión residual otorga una potestad sancionatoria tan amplia que el administrado podría quedar sometido a la multa contemplada en el artículo por cualquier conducta que se juzgue como "*infracción*" a la Ley, esto es, como violatoria de una exigencia contenida en la Ley.

A las consideraciones que anteceden ha de agregarse la relativa a la amplitud de la facultad que el artículo le otorga a la Administración, al incluir como sancionables no sólo a las infracciones de la ley, sino a las infracciones del reglamento, lo cual permite una apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos, ya que cualquier conducta exigida por vía reglamentaria que es incumplida por el administrado daría lugar a la sanción que la norma prevé.

Analizada la situación en la forma que antecede, no puede menos que estimarse que el artículo 52 contempla una norma en blanco, esto es, facultativa en forma total y completa a la Superintendencia para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito y por ello violatoria del principio de tipicidad, lo cual implica su nulidad por inconstitucionalidad. Así se declara.

Observamos que este fallo, sin referirse literalmente a la tesis de la complementación reglamentaria, que como hemos explicado, es totalmente compatible con la exigencia de la garantía de la reserva legal, la refleja casi totalmente; en primer lugar, porque define la norma en blanco como aquella

que faculta a la Administración a establecer caso por caso los ilícitos administrativos; en segundo lugar, porque precisa que ello ocurre cuando se acude en la norma de rango legal al que se denomina en la sentencia "sistema de remisión residual", el cual abre la puerta para que la Administración discrecionalmente califique cualquier conducta como infracción a la Ley, con la imposición de la respectiva sanción; y en tercer lugar, puntualiza que también entra en la categoría de norma en blanco, aquella que faculta a la Administración para que mediante el reglamento cree nuevas infracciones, y ello ocurre cuando la norma de rango legal se limita a establecer que se consideraran como tales infracciones las violaciones al reglamento.

De modo, pues, que en sentido negativo la sentencia bajo examen hace una enumeración de las técnicas utilizadas por el legislador que resultan violatorias de la garantía de la reserva legal, al sancionar leyes contentivas de normas en blanco, las cuales detentan ese carácter, en criterio de la Sala, cuando tienen remisiones genéricas, cuando tienen carácter residual y cuando erigen en infracciones las violaciones al o a los reglamentos. Conviene destacar que en ninguno de esos casos es posible justificar la legalidad o constitucionalidad de la Administración, cuando invoca la tesis de la colaboración reglamentaria, pues por interpretación a contrario, dicha tesis solamente sería válida cuando la norma de rango legal contenga los datos esenciales que permitan identificar a la conducta infractora, así como las clases de sanciones y sus respectivos límites.

En ese contexto, debe reconocerse que la complementación reglamentaria tiene mayor incidencia en la descripción de la infracciones, pues debe partir de unos elementos básicos que le permiten al reglamentista construir el tipo asomado de manera incompleta en la ley, mas de ninguna manera puede construir nuevos tipos. En cambio, la incidencia sobre la colaboración de la tipificación de las sanciones es más reducida, puesto que el legislador está obligado a enumerar las sanciones, pudiendo el reglamentista establecer la correlación entre éstas y las infracciones, atendiendo a la gravedad de las últimas, así como a otros elementos como la atenuación y el agravamiento.

Sin dudas, que esta sentencia, en nuestro criterio, estaba destinada a marcar pauta en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, tanto desde la perspectiva normativa, en cuanto concierne al Poder Legislativo, al sancionar la norma de rango legal, como del Poder Ejecutivo, inclusive en la misma área normativa, cuando le correspondiese complementar la norma de rango legal, para lo cual estaba obligado a atenerse a los límites enunciados en el indicado fallo.

La comentada doctrina se repite en la sentencia de la misma Sala proferida el 29 de abril de 2003, al decidir la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 90 y 91 de Ley Orgánica del Ministerio Público. En efecto, en esa oportunidad el mencionado órgano jurisdiccional declaró:

"Esta posibilidad de remisión que la ley puede hacer en el Reglamento debe efectuarse de manera *expresa* y nunca por un mero análisis de la Administración, toda vez que lo que no prevé el legislador no lo puede hacer el reglamentista, siendo por ende necesario el antecedente de ley, y el reglamento, el instrumento por medio del cual se detallen los principios dispuestos en ley. De lo expuesto, la previsión a nivel reglamentario debe ser observada en el sentido de cuando la ley así lo autorice expresamente, y dicha autorización no puede entenderse en el sentido de que el reglamento puede ampliar ni exceder el ámbito legal, no puede crear tipos *ex novo,* y este dentro del rango de cobertura material que le ha conferido la ley; asimismo, la remisión al reglamento no puede ser abstracta, oscura ni poco limitada que conlleve a una actividad indiscriminada del reglamentista que genere una deslegalización, toda vez que a nivel de rango legal debe establecer la normativa básica que delimite el contenido de la tipicidad, que establezca cuál es la cobertura legal, sin que ello implique remisiones en blanco al reglamento".

2.3.2.5.2.2. **La involución en materia de colaboración o complementación reglamentaria: validez de las normas en blanco**. Lamentablemente la referida doctrina sobre la complementación reglamentaria en el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, contenida en las sentencias de la Sala Constitucional durante los años 2002 y 2003, en nuestro criterio, acertada y ajustada a las corrientes modernas y progresistas, sufre un duro golpe, en la sentencia dictada por la misma Sala el 30 de marzo de 2004, con los mismos integrantes, la cual contó con el voto salvado del magistrado Rondón, en la oportunidad de decidir la acción de nulidad por inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 91, numeral 29, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, que ya examinamos desde la perspectiva de la garantía atinente a la exigencia de la ley previa, y ahora pasamos a analizar con relación a la garantía de la reserva legal. Insistimos en que este análisis separado obedece exclusivamente a razones didácticas, debido a la ya indicada casi inescindible relación entre reserva legal y tipificación.

Pues bien, en ese orden de ideas, la referida sentencia arrasó, quizás sea mejor decir que demolió la anterior doctrina, pues sin mayores, ni mejores razonamientos, dejó de lado toda la construcción conceptual acerca de la complementación reglamentaria, así como de la denominada norma en blanco, antes explicitada, contenida en dicha doctrina, que como se sabe eran los límites que condicionaban la validez de la colaboración reglamentaria, en el marco de la exigencia del respeto de la garantía de la reserva legal. Así frente a la premisa de esa construcción que negaba la validez del denominado sistema de remisión residual, consideró la nueva sentencia totalmente válida la remisión de ese tenor contenida en el esquema normativo impugnado, cuando erige en causal de responsabilidad administrativa "cualquier otro acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal".

A mayor abundamiento observamos que la "residualidad" reflejada en la norma ni siquiera está restringida al ámbito de la misma ley, sino a todos los instrumentos de rango legal o sublegal que integran el ordenamiento jurídico venezolano, correspondiéndole, en esa perspectiva interpretativa, a la Administración determinar cuándo la conducta del administrado es contraria a cualquiera norma de ese enorme universo de instrumentos jurídicos. Por otro lado, en el supuesto negado de que se admitiese la validez de ese tipo de remisión, consecuencialmente deberá reputarse válida una tesis, totalmente desterrada en el mundo jurídico contemporáneo, como la ya estudiada sobre el "binomio prohibición-sanción".

En ese proceso de demolición de la doctrina anterior, la sentencia deja de lado, también sin ninguna motivación, la regla sobre la interdicción de la deslegalización, por vía reglamentaria. En otras palabras, se permite que mediante reglamentos se puedan crear nuevas infracciones. Ello ocurre cuando la norma "tipifica" como causal de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones contrarios a los reglamentos que pueda dictar la Administración, abriendo de esa manera la senda para que la Administración pueda crear nuevos ilícitos administrativos, y hasta modificarlos cuando lo considere conveniente, razón por la cual salta a la vista que tal facultad de la Administración que el fallo infiere de la disposición impugnada, infringe la garantía de la reserva legal implicada en el principio de legalidad sancionatorio.

Además ese espacio normativo que pasa a ser indefinido incluye a la **normativa interna**, que cada ente u órgano puede dictar, de tal manera que

ni siquiera el límite está constituido por los reglamentos que emanen del Poder Ejecutivo en ejercicio de la potestad que le confiere el artículo 236, num. 10, de la Constitución, sino por un número indeterminado y distinto de reglamentos internos que pueden dictar todos y cada uno de los múltiples entes y órganos que conforman la Administración Pública. O sea, que la referida facultad se torna ilimitada.

Más aún, la sentencia no se queda allí sino que declara que la Administración puede tipificar infracciones, ya no por instrumentos normativos, sino por actos administrativos de efectos particulares, tales como las **políticas, el plan de organización, y los manuales de sistemas y procedimientos,** que comprenden el control interno. Y la cuestión resulta más grave porque conforme a esa facultad, pese a la vigencia de una ley general, como la de Contraloría General de la República, de esa manera no existirán tipos comunes basados en dicha ley, porque cada infracción derivada de esos actos obedecerá a la naturaleza y finalidades de cada ente, u órgano. Por consiguiente, además de las veintinueve causales de responsabilidad administrativa contempladas en el artículo 91 de la citada Ley, habrán tantas y variadas como las que puedan desprenderse de las disposiciones contenidas en la normativa interna, en el plan de organización, en las políticas y en los manuales de sistemas y procedimientos, de cada uno de los miles de órganos y entes que conforman a la Administración Pública venezolana. Por supuesto, que una tesis hermenéutica de este tenor, recogida en la sentencia, lesiona seriamente la garantía de la reserva legal implicada en el principio de legalidad sancionatorio.

La tercera premisa fundante de la anterior doctrina de la Sala Constitucional que es rechazada también por la sentencia bajo examen, alude a la interdicción de remisiones legales genéricas, y ello ocurre cuando en la misma se predica la constitucionalidad del dispositivo impugnado, a pesar de que resulta indiscutible que contiene una remisión total y absolutamente genérica a las leyes, reglamentos, normativa interna, etc, y por el contrario no menciona ni un sólo indicio –no hablemos de elementos esenciales– de la conducta infractora que pretende tipificar, indicio este que aun con las dudas que generaría la norma podría servir para intentar justificar la tesis de la reglamentación complementaria. En efecto, se trata de una norma totalmente vacía de contenido normativo material, pues, como hemos demostrado, simplemente está integrada por una remisión casi exponencial (a todo el ordenamiento jurídico venezolano), y nos atreveríamos a afirmar que nunca vista en el Derecho venezolano.

En fin, en nuestro criterio, la sentencia en comento revela una clara involución, en cuanto concierne a las garantías de reserva legal y de tipificación en materia sancionatoria administrativa. Y lo más grave es que dicho fallo, a diferencia de lo que se estilaba anteriormente cuando se modificaba una doctrina judicial consolidada, ni siquiera contiene una sola referencia directa o indirecta que aluda a la existencia de la doctrina precedente, totalmente pacífica y consolidada durante dos años, mucho menos alude a las razones que motivan su arrumbamiento, lo que en este caso resultaba más que necesario, en virtud del carácter vinculante que le atribuye el artículo 335 constitucional a los fallos que sobre la interpretación de normas y principios constitucionales dicte la Sala Constitucional, y resulta indudable que en la referida sentencia se produjo la interpretación del artículo 49, num. 6, de la Constitución, e indirectamente de los artículos 156 y 187 *ejusdem*, que de manera indirecta delinean la reserva legal en materia de delitos, faltas, infracciones, penas y sanciones.

Pese a la ausencia de las referidas acotaciones, debe admitirse que debido a la incidencia de la variable cronológica la sentencia bajo examen arrumbó a la doctrina anterior, sencillamente porque fue dictada en el año 2004 y su contenido, básicamente su dispositivo refleja todo lo contrario a la referida doctrina de los años 2002 y 2003, como afirma el magistrado Rondón en su voto salvado, al recordarles a sus colegas puntualmente algunos de los corolarios de esa doctrina claramente recogidos en la sentencia mediante la cual se anuló el artículo 52 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, ya examinada.

Es necesario reconocer que el fallo contiene un conjunto de razonamientos, los cuales en algunos casos quedan desmentidos con la sola lectura del esquema normativo impugnado. Así por ejemplo, a los fines de intentar desvirtuar el alegato del impugnante sobre su carácter de norma en blanco, y por consiguiente, del número indefinido e indeterminado de ilícitos, que además podían ser creados *ex novo* por la Administración, en la sentencia se sostiene:

"Así, las cosas estima la Sala que el numeral 29 del artículo 91 de la normativa impugnada, se ajusta a las tendencias más recientes que ha asumido la doctrina respecto al principio de legalidad de las penas y las infracciones, por cuanto el ilícito administrativo que da lugar a la responsabilidad **ha sido especificado por el legislador de manera clara y cierta**, con lo que se logra que el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y las conse-

cuencias de sus actos, a los fines de evitar aquellas conductas que pudieren ser objeto de sanción, y por la otra no quede a la discrecionalidad de la autoridad contralora de que se trate la determinación de la correspondiente figura delictual y la potestad irrestricta de imponer sanciones".

Ante este razonamiento vale la pena volver a transcribir el dispositivo impugnado: "...Constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa, los actos, hechos u omisiones que se mencionan a continuación: 1. Omissis 29. Cualquier otro acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno", y formularse solamente las siguientes preguntas ¿ EN QUÉ PARTE DE ESA NORMA HA SIDO ESPECIFICADO EL ILÍCITO? ¿Y SI HA SIDO ESPECIFICADO DÓNDE ESTÁ LA CLARIDAD Y LA CERTEZA DEL MISMO? Las respuestas, por las razones antes expuestas, sólo pueden ser coherentes con el tenor de la sentencia transcrita, si se llega al convencimiento de que los magistrados leyeron otra norma. Por supuesto, que ante un argumento que se desmiente así mismo, con su mera contrastación con el esquema normativo impugnado, consideramos que sobran los análisis.

Otro de los argumentos que se maneja en la sentencia está centrado en la multiplicidad de normativas que deben dictar todos los entes y órganos para organizar sus sistemas de control interno, lo que por cierto contradice la invocada **especificación, claridad y certeza del ilícito**, porque no nos imaginamos cómo puede revestir esas notas un ilícito, del cual se desconoce su tipificación, y sobre todo su número, debido a la "multiplicidad de normativas".

Pero aparte de esa contradicción innegable, observamos que la Sala pretende justificar en la aludida multiplicidad de normativas, el supuesto impedimento de incluir en el artículo 91 de la LOCGRSNCF cada una de las conductas infractoras en que pueden incurrir los funcionarios en el manejo y administración de los recursos públicos. Nadie discute el hecho de la multiplicidad de "normativas" que pudieran requerir los distintos entes y órganos para regular su sistema de control interno, a los efectos, como expresa el artículo 35 *ejusdem*, de la salvaguarda de los recursos del respectivo ente u órgano, así como verificar la exactitud y veracidad de su información financiera y administrativa... y lograr el cumplimiento de su misión, objetivo y metas.

Pero en cambio lo que sí resulta erróneo es que el legislador haya confundido esa potestad normativa interna conferida a todos los órganos de los entes públicos y estatales, para diseñar su subsistema de control interno, con la potestad sancionatoria de la Administración Pública, pues la primera se inscribe en el marco del sistema nacional de control fiscal, previsto en la Constitución de 1999 y diseñado por la LOCGRSNCF sobre la base de los subsistemas de control externo e interno, conceptuado éste como autocontrol por parte de los órganos de la Administración activa, razón por la cual éstos requieren esa potestad normativa para organizar el referido subsistema.

Por disposición de la LOCGRSNCF corresponde a las máximas autoridades de la Administración activa organizar el subsistema de control interno, y desde luego, que esa organización variará de un órgano a otro, de un ente a otro, de un ente público a un ente estatal, atendiendo a los fines de cada uno; de allí que resulte lógico que la ley les haya atribuido no sólo esa potestad normativa interna, sino también con la misma finalidad, la competencia para la elaboración del plan de organización, de las políticas y de los manuales de sistemas y procedimientos, en los cuales también, como ya indicamos, pueden tipificarse infracciones, debido a que sin esos instrumentos resulta imposible organizar el nuevo sistema de control interno.

El error del legislador, que mecánicamente la Sala Constitucional hizo suyo, fue confundir esa amplísima potestad, antes explicitada, con la potestad sancionatoria administrativa, cuyo ejercicio por estar informado por los principios penalísticos, es de suyo restringida, pero además conceptualmente resulta restringida, porque como se ha dicho, constituye un sacrificio del principio de separación de poderes; de allí que cuando la Sala al intentar justificar la indeterminación, falta de certeza y de claridad de las infracciones, así como del número indefinido que podrán crear las distintas Administraciones Públicas, basándose en la potestad de éstas para dictar normativas destinadas a regular el control interno, incurre en el ostensible error de equiparlo a la potestad sancionatoria de la Administración, la cual incuestionablemente tiene un carácter excepcional.

Para ser más claros debemos afirmar que la Sala Constitucional acude a ese argumento a todas luces erróneo, únicamente con la finalidad de ignorar su doctrina anterior, y desconocer el clarísimo carácter de norma en blanco, "a ciegas", como la denomina Nieto, del artículo 91, numeral 29, de la LOCGRSNCF, evitando de esa manera calificarla de inconstitucional, pues en esos casos basta con leer la norma para percatarse sin mayores discusiones,

ni interpretaciones, de su franca inconstitucionalidad a la luz de los artículos 49, num. 6, 156, num. 32, y 187 de la Constitución.

Finalmente la sentencia bajo examen revela una ostensible contradicción, pues comienza invocando un postulado general, dicho sea de paso, contenido en todas las sentencias anteriores, concebido así:

"En lo que se refiere al campo administrativo sancionador propiamente dicho, el principio de legalidad **admite una descripción básica**, producto de caracteres atribuidos en primera instancia, a la legalidad punitiva pero que resulten extensibles a la legalidad sancionadora en general. Así, este principio implica la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), lo cual tiene correspondencia con el dispositivo *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Entonces la potestad sancionatoria requiere una normativa que faculte a la Administración para actuar y aplicar determinada sanción administrativa".

Por supuesto, que del párrafo transcrito, contentivo de un postulado general en materia sancionatoria administrativa, se infiere la tesis de la complementación o colaboración reglamentaria en el sentido antes indicado, pues queda claro que la tipificación de la conducta infractora requiere una descripción básica, la cual podrá ser desarrollada por el instrumento reglamentario. Pues bien, basta comparar ese postulado general con el dispositivo de la sentencia, teniendo como elemento de comparación el artículo 91, num. 29, de la LOCGRSNCF, para percatarse sin que medie ningún esfuerzo interpretativo, de la señalada ostensible contradicción, simple y llanamente, porque en el esquema normativo no existe ni el más mínimo indicio de esa descripción básica, y esa ausencia se debe a que carece de contenido material, porque se trata de una norma enteramente de remisión, de paso exponencial, porque reenvía a todo el ordenamiento jurídico, e inclusive a actos administrativos particulares.

De modo, pues, que conforme a los argumentos anteriores, no queda mas que concluir en que la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional sobre la exigencia de la garantía de la reserva legal, en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración Pública, tuvo un inicio ajustado a las corrientes doctrinarias modernas, al esbozar una tesis sobre la complementación reglamentaria, consolidándose durante los años 2002 y 2003, pero sufrió una involución a partir de la sentencia dictada el 30 de marzo de 2004, para resolver la acción de inconstitucionalidad intentada contra el artículo 91, num. 29, de la LOCGRSNCF.

2.3.2.5.2.3. **La doctrina de la Sala Político Administrativa del TSJ sobre la exigencia de la garantía de la reserva legal**.

2.3.2.5.2.3.1. **La razón que nos conduce a examinar la doctrina de la Sala Político Administrativa del TSJ**. Hemos afirmado que por razones prácticas nos limitaríamos a examinar, en el desarrollo del presente trabajo, la doctrina de la Sala Constitucional, visto que el tema examinado gira básicamente sobre normas constitucionales, y la interpretación de las mismas con carácter vinculante es una competencia exclusiva y excluyente de la mencionada Sala; de allí que basta con conocer su doctrina para saber la tesis predominante en la materia relativa a la potestad sancionatoria de la Administración Pública. Sin embargo, la afirmación no es totalmente cierta, porque de conformidad con la preconfiguración de la jurisdicción constitucional derivada de la Constitución, cualquier Tribunal está facultado para ejercer el control difuso de la constitucionalidad, y además la Sala Político Administrativa, de conformidad con el artículo 266, num. 5, de la Carta constitucional, tiene atribuida la competencia para conocer los recursos que por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad se interpongan contra los reglamentos y demás actos normativos sublegales.

De modo, pues, que cuando la Administración ejerce la potestad sancionatoria, sobre todo en la modalidad disciplinaria, como generalmente esa competencia está atribuida a los máximos jerarcas de la Administración Pública, el órgano encargado de conocer los recursos que se interpongan contra los actos sancionatorios es la Sala Político Administrativa, y como es dable imaginarse, los motivos más frecuentes para invocar la protección del artículo 49, num. 6, de la Constitución, están relacionados con los vicios en la tipificación, así como con el rango indebido de la norma sancionatoria. Por consiguiente, también esta Sala como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa ha debido elaborar una doctrina sobre el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa.

Es cierto que teóricamente las sentencias dictadas en esa materia pueden ser conocidas por vía del recurso de revisión por la Sala Constitucional, pero debido al carácter excepcional de este recurso, generalmente la mayoría de las sentencias no son objeto del mismo, consolidándose de esa manera la doctrina de la Sala Político Administrativa, la cual a diferencia de la Sala Constitucional, carece de carácter vinculante formalmente, pero de todos es conocido que sí lo tiene desde la perspectiva pragmática, pues como es posible imaginarse resulta muy difícil que un tribunal contencioso

administrativo se separe de la doctrina de esa Sala. En realidad lo que ocurre es que la aplica en forma casi automática.

Precisamente como la Sala Político Administrativa en el año 2001 dictó dos sentencias muy importantes atinentes a la potestad sancionatoria administrativa, hemos considerado que su conocimiento y análisis ayudará en la mejor comprensión de todas las aristas del tema de la presente monografía.

2.3.2.5.2.3.2. **La sentencia del 27 de marzo de 2001 de la Sala Político Administrativa del TSJ sobre la constitucionalidad del Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6 de la Fuerza Armada Nacional**. Es necesario señalar que el Reglamento mencionado en el epígrafe fue dictado el 31 de enero de 1949, fecha en que gobernaba en Venezuela una Junta Militar que en el mes de noviembre de 1948 había derrocado al Presidente Rómulo Gallegos. Pues bien, ese reglamento además de tipificar infracciones, tipifica **sanciones corporales**, que van desde el arresto simple hasta el arresto en fortaleza. Es importantísimo destacar a los fines del análisis un dato que por cierto no se menciona para nada en la sentencia, relativo a que mediante la **Resolución Nº DG-3437 del Ministerio de la Defensa del 16 de marzo de 1982**, dicho reglamento fue modificado a los efectos de introducir los artículos 130 A, 130 B y 130 C; además en dicha modificación se reenvía en el último de los artículos mencionados la calificación de las faltas de los oficiales generales, y los oficiales almirantes, al procedimiento contemplado en el artículo 318 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas vigente para el momento.

Ahora bien, ante la imposición de una de las sanciones previstas en ese Reglamento a varios militares, éstos impugnaron el acto de la Administración militar, y uno de los motivos de impugnación que esgrimieron fue la falta de publicación del mencionado instrumento normativo, razón por la cual estimaban que carecía de eficacia. La Sala antes de entrar a examinar dicho alegato, decidió que previamente debía dilucidar la naturaleza del reglamento. A tal fin realizó un análisis histórico de la situación política y jurídica que vivía Venezuela en el momento en que fue dictado el reglamento, y concluyó, como ya expresamos, en que para la época gobernaba una Junta Militar que había derrocado el 24 de noviembre de 1948 al Presidente Rómulo Gallegos, y que consecuencialmente había sido disuelto el Parlamento, razón por la cual la Junta había asumido competencias legislativas, las cuales ejercería conforme a la Constitución de 1945 y a los dispositivos progresistas de la Constitución de 1947 para ***"dictar aquellas medidas que aconseje o exija el***

***interés nacional, inclusive las referentes a nueva organización de las ramas del Poder Público***".

Después de analizar todos los antecedentes históricos legislativos la Sala declaró:

"En virtud de los referidos antecedentes, el Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6, dictado bajo el régimen del Gobierno Provisorio de la Junta Militar de Gobierno, no puede considerarse un reglamento tal y como se concibe al emanado del Poder Ejecutivo, cuando en un Estado de Derecho y con plena vigencia de las garantías y derechos fundamentales, complementa los textos de las leyes. Así, ante la inexistencia del Congreso Nacional por su disolución por un régimen de fuerza, los actos de naturaleza normativa dictados por éste adquieren rango de Ley, toda vez que dicho Gobierno Provisorio ejerce su mandato mediante Decretos dictados en ejecución directa, si bien no de la Constitución, del Acta de Constitución de donde dimana su poder transitorio. Así se declara.

Por otra parte, el referido Reglamento no tiene por función complementar una Ley, sino que de su estructura y contenido normativo se aprecia la autonomía inherente a todo acto dictado sin sujeción a normas de rango legal, téngase muy en cuenta que para el momento en que fue dictado, las referencias a las constituciones vigentes con anterioridad al régimen surgido del citado golpe militar, como son las de 1936, 1945 y 1947, así como sus posibles limitaciones a la legislación, eran sólo aplicables en este régimen sin perjuicio de lo que el mismo considerase como más conveniente al interés nacional. En consecuencia, se reitera, tanto por su origen histórico como por su estructura, contenido y finalidad, el Reglamento responde a las notas de un decreto ley, equiparable en el rango normativo actual con una ley formal y así se declara".

**El falso supuesto jurídico que afecta a la sentencia**. Debemos advertir que el análisis del presente fallo incidirá exclusivamente sobre el carácter de **decreto ley** que en el mismo se le atribuye al Reglamento de Castigos Disciplinarios, debido a que es el aspecto relacionado con la exigencia de la garantía de la reserva legal en el marco de la potestad sancionatoria administrativa, objeto de nuestro estudio. En ese contexto conviene dilucidar si efectivamente el reglamento, pese a su denominación, tiene rango legal, por tratarse de un decreto ley "de facto", pues en esa hipótesis, que es la manejada en la sentencia, entonces en principio, a la luz de la Constitución de 1999, el reglamento no infringiría el artículo 49, num. 6, de la Constitución,

ni tampoco a los artículos 156 y 187 *ejusdem*. Por el contrario, si no detenta ese rango, entonces deberá reputarse francamente inconstitucional.

En ese orden de ideas conviene recordar que por primera vez en Venezuela en la Constitución de 1945 son regulados los decretos leyes, bajo la figura de las medidas extraordinarias en materia económica y financiera. Posteriormente, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la doctrina nacional identificó dos modalidades más de decretos leyes: los decretos leyes para la creación de servicios públicos y los decretos leyes derivados de la suspensión o restricción de garantías. Y aunque no está ni puede estar consagrado en ningún texto jurídico, algunos autores nacionales siendo realistas, postulaban la existencia de la categoría de los denominados **decretos leyes de facto**.

Ahora bien, como lo sostenemos en nuestro Manual de Derecho Administrativo (Volumen I), constituye una verdadera incongruencia conceptual hablar de decretos leyes de facto, pues todo instrumento normativo debe encontrar su base de sustentación en el ordenamiento jurídico, y más concretamente en el texto constitucional, y por el contrario éstos encuentran su fundamentación en la fuerza de las revoluciones o golpes militares triunfantes, cuyo líderes la primera acción que suelen adoptar, por razones lógicas, al tomar el Poder, es suprimir al Parlamento, y comenzar como se dice en términos coloquiales a "gobernar por decreto".

En realidad la expresión no refleja la fuerza jurídica de los decretos dictados por los gobiernos de facto, pues aluden más a la forma que adoptan los actos, que a su contenido, porque perfectamente un gobierno constitucional, y lo hace con mucha frecuencia, puede dictar decretos con carácter normativo, pero de rango sublegal y excepcionalmente de rango legal. Es precisamente el contenido de los referidos decretos el que adquiere fuerza o rango de ley, sencillamente porque el gobierno triunfante asume, como es lógico el Poder Ejecutivo, pero a la vez asume las funciones del Parlamento que ha sido disuelto; de allí que **cuando el órgano de gobierno, llámese Junta de gobierno, Junta Militar, Junta Revolucionaria, o sencillamente Presidente, dicta un acto normativo, ese acto debido a la RAZÓN DE LA FUERZA ADQUIERE RANGO DE LEY, y es conocido doctrinariamente como "decreto ley de facto"**.

En estricta puridad jurídica, esos decretos por no estar fundamentados en ningún instrumento normativo, deben reputarse absolutamente nulos, y ello

debería ocurrir en el mismo momento en que sea restituida la constitucionalidad. Sin embargo, no ocurre así, porque entra en juego un principio general del derecho, como lo es el de la seguridad jurídica, a los fines de preservar las relaciones jurídicas que se han configurado bajo la vigencia de esos decretos, pues preconizar la nulidad inmediata por obra de la restitución de la constitucionalidad sería crear un verdadero caos jurídico; de allí que esos instrumentos mantienen la fuerza jurídica que originalmente obtuvieron de la razón de la fuerza, hasta tanto no sean derogados, mediante actos normativos de rango legal, o anulados por el órgano jurisdiccional competente.

Planteada así la situación, el núcleo del asunto radica en determinar si efectivamente el Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6, como afirma la sentencia, fue dictado por la Junta Militar de Gobierno, o como parece revelar toda la documentación, por uno de los integrantes de esa Junta, que a la vez era el titular del Ministerio de la Defensa, el Tcnel. Marcos Pérez Jiménez. En esa perspectiva conviene recordar que aún durante los regímenes de facto, el principio de la jerarquía normativa sigue rigiendo, dado que aparte del Acta constitutiva del gobierno, o de la Constitución a que remita la misma, se mantiene el orden normativo paralelo en dos niveles: **el nivel legal**, constituido básicamente por los decretos que dicte el órgano del nuevo gobierno, en este caso, la Junta Militar de Gobierno. **Y el nivel sublegal** constituido por los reglamentos de esos decretos que dicten o bien la Junta Militar o bien los Ministros (reglamentos ejecutivos), así como por los reglamentos que dicten los Ministros sin pretensión alguna de desarrollo de ningún decreto ley de facto (reglamentos independientes).

Desde el punto de vista orgánico no es posible confundir los decretos leyes de facto con las resoluciones de contenido normativo que dicten los ministros, ni tampoco con los decretos que dicte el propio gobierno para reglamentar a los mencionados decretos leyes de facto. Pues bien, de lo que se trata es de encuadrar el Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6, en uno de esos dos niveles. En ese sentido constituyen datos relevantes que contribuyen a identificar el instrumento normativo bajo examen los siguientes: a) los propios datos de identificación, que transcribimos textualmente:

**ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA**

**MINISTERIO DE LA DEFENSA NACIONAL**

**ESTADO MAYOR GENERAL**

**Nº 60**

Caracas, 31 de enero de 1949

De los datos transcritos queda indudablemente evidenciado que el reglamento fue dictado por el Ministerio de la Defensa, bajo forma de resolución, que es lo que se estila para emanar resoluciones ministeriales normativas o no normativas, y no por la Junta Militar de Gobierno, ni tampoco bajo la forma de decreto. Por si hubiera alguna duda al respecto, el Ministro de la Secretaría de la Presidencia de la República de la época en que fue impugnado el referido reglamento, a quien la extinta Corte Suprema de Justicia le requirió los documentos a los fines de determinar si el Reglamento había sido publicado, al negar dicha publicación sostuvo que: "...El referido Reglamento de Castigos Disciplinarios N° 6 fue dictado el 31 de enero de 1949, bajo el N° 60, años 139° y 90°, según Resuelto emanado del Ministerio de la Defensa Nacional, Estado Mayor Conjunto".

b) El segundo elemento que contribuye a demostrar que el acto fue dictado mediante una resolución, o "resuelto", como también se suele denominar, es el hecho que en 1982, casi treinta y dos años después es modificado, y se le añaden tres nuevos artículos bajo la denominación de 130A, 130B y 130C, respectivamente, y cabe destacar que dicha modificación se realiza mediante otra resolución del Ministerio de la Defensa y; c) el tercer elemento, como bien lo reconoce la sentencia, es que se trata de un reglamento independiente, porque no desarrolla una ley preexistente, y por supuesto, que por esa sola razón formal, si hubiese sido dictado por la Junta Provisional de Gobierno, necesariamente hubiese revestido carácter de decreto ley, pero al emanar de un Ministro, por el contrario reviste rango sublegal.

El análisis de los mencionados datos en el contexto de las características de un ordenamiento jurídico que rige durante el ejercicio del gobierno de facto que se inició en 1948, revela sin ninguna duda que en el contexto de ese ordenamiento, y desde luego, en el sucesivo, –el del retorno a la constitucionalidad– el Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6, de la hoy Fuerza Armada Nacional, al ser dictado por el Ministerio de la Defensa, y no

por Junta Militar de Gobierno, adquirió la categoría de acto normativo de **rango sublegal**, y de ninguna manera, como lo afirma la sentencia, de decreto ley de facto, o de acto de rango legal, pues insistimos en la tesis, por lo demás sustentada en razones lógicas jurídicas elementales, que no todo acto normativo que sea dictado durante el período de mandato de un gobierno de facto, tiene la categoría de decreto ley. Sólo revisten ese rango aquellos que dicta el titular o los titulares del gobierno, en ejercicio de la potestad legislativa sustraída al Parlamento, que desde luego, no es el caso de un Ministro de ese Gobierno cuando dicta una resolución con carácter normativo. Finalmente, al tratarse de un reglamento independiente, limitado incuestionablemente por la reserva legal, también por franquear ese límite, resulta a la luz de la Constitución vigente, claramente inconstitucional.

De modo, pues, que la Sala Político Administrativa al calificar el reglamento bajo examen como decreto ley de facto, incurrió en un evidente falso supuesto de derecho, y predicar sobre la base de esa premisa la compatibilidad del mismo con el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, así como con los artículos 156 y 187 *ejusdem*, declarando en consecuencia que no infringía la garantía de la reserva legal, cuando la situación es totalmente la contraria, incurrió en un gravísimo error de interpretación, pues a la luz de los razonamientos expuestos, por lo demás muy sencillos y apegados al rigor conceptual y hermenéutico, el Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6, de la Fuerza Armada Nacional es francamente inconstitucional, porque lesiona gravemente el principio de legalidad sancionatorio consagrado en el artículo 49, num. 6, de la Constitución de 1999, y más concretamente la garantía formal de la reserva legal. A partir de ese año tal inconstitucionalidad puede predicarse con mayor razón, porque como hemos dicho se constitucionaliza la potestad sancionatoria de la Administración Pública. Además esa lesión resulta patente, porque revistiendo el reglamento carácter de instrumento de rango sublegal tipifica infracciones y sanciones, inclusive algunas de carácter corporal, lo que reiteramos infringe la aludida garantía de la reserva legal.

Por lo tanto, a los fines de preservar la garantía de un derecho fundamental como es el de no ser sancionado administrativamente, sin que se cumplan los requisitos exigidos por la Constitución, se impone en un Estado democrático, de derecho y de justicia, como Venezuela que la Sala Político Administrativa revise su doctrina, e inclusive anule el mencionado instrumento normativo, o bien que los militares a quienes se les aplique intenten la correspondiente acción de amparo.

2.3.2.5.2.3.3. **La sentencia del 26 de junio de 2001 de la Sala Político Administrativa, sobre la constitucionalidad del Reglamento de Régimen Disciplinario del extinto Cuerpo de Policía Judicial de 1965**. En realidad el análisis de la sentencia identificada en el epígrafe en la actualidad no tiene sino una importancia académica y didáctica, porque el mencionado Reglamento fue derogado por el Decreto Ley de creación del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas de 9 de noviembre de 2001, el cual por cierto contiene en el titulo IV denominado "Régimen Disciplinario", una de las mejores normativas sobre potestad sancionatoria administrativa que conozcamos, en la cual se regulan pormenorizadamente los tres ejes sobre las cuales aparece montada dicha potestad: las faltas o infracciones, el procedimiento y las sanciones, eliminando, como lo imponen las más modernas tendencias, las sanciones corporales.

En todo caso interesa referirse a esa sentencia –en forma muy sucinta– porque ella puso fin a una doctrina contenida en varias sentencias de esa misma Sala, dictadas durante el año 2000, que predicaba la inconstitucionalidad de ese instrumento normativo. El matiz de esta sentencia con respecto a la relativa al Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6, radica en que el Decreto 48 de febrero de 1958, que originalmente sirvió de fundamentación al Reglamento bajo examen, sí fue dictado por la Junta de Gobierno que asumió el poder en 1958, razón por la cual revestía la categoría de un decreto ley de facto, es decir, se trataba de un instrumento de rango legal, el cual establecía que los funcionarios policiales podían ser removidos por mala conducta, incapacidad en el desempeño del cargo o incapacidad física o mental (art. 10); y en su artículo 11 remitió al Reglamento el establecimiento de los deberes y atribuciones, así como el régimen disciplinario. Por consiguiente, debe coincidirse con la sentencia en que ese Decreto ley de facto, contenía los elementos básicos de las conductas infractoras, y así mismo tipificaba una sola sanción: la destitución, denominada incorrectamente remoción, la cual para la época podía considerarse como la de mayor gravedad, y por ende el máximo límite, pudiendo el reglamentista establecer sanciones de menor gravedad.

En el desarrollo de esos dispositivos el Ministerio de Justicia dictó el mencionado reglamento en el año 1965. Ahora bien, el Decreto ley 48 fue derogado por la Ley de Policía Judicial de 1975, instrumento este que en su artículo 17 estableció que: "Los funcionarios del Cuerpo de las categorías policial y técnica, sólo podrán ascender conforme a un orden jerárquico estrictamente riguroso. **El Reglamento** establecerá las normas relativas al

ingreso, escalafón, transferencias, sueldos, jubilación, **sanciones disciplinarias**, recompensas y protección y asistencia social".

Pues bien, la sentencia bajo examen declaró que la disposición legal transcrita servía de fundamento al reglamento de 1965, porque el hecho de que se hubiese derogado el decreto ley, no implicaba que automáticamente quedara derogado su reglamento. Al respecto observamos que la tesis de la sentencia es correcta, porque no necesariamente existe una relación de causalidad entre una ley y su reglamento ejecutivo, y éste sólo es derogado integralmente si así lo dispone expresamente la nueva ley, o si resulta totalmente incompatible con la misma, de lo contrario seguirá vigente en todas aquellas partes que no colida con el texto legal. Sin embargo, observamos que la sentencia coloca como nuevo fundamento del reglamento el artículo 17 de la Ley de 1975, el cual cuando se confronta con el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, revela claramente que se trata de una norma en blanco, porque se limita a reenviar al reglamento la tipificación en abstracto de las sanciones disciplinarias, y ya hemos señalado que ello no resulta posible, porque para que se de cumplimiento al indicado precepto constitucional, es necesario que se enumeren las sanciones y sus límites en la Ley, quedándole al reglamentista establecer la relación entre sanciones e infracciones, según la gravedad de estas últimas, sobre la base del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, la remisión contenida en el artículo 17 es exclusivamente a las sanciones disciplinarias, y omite su extensión a las infracciones. Es decir, que es una norma vacía de contenido, no sólo porque la remisión a las sanciones disciplinarias es absolutamente genérica, y contentiva de una deslegalización, en virtud de que el instrumento legal debe contener, conforme al artículo 49, num. 6, constitucional, las sanciones y sus niveles, lo que obviamente no está presente en el precepto bajo examen, sino porque ni siquiera contiene una remisión genérica a las infracciones.

En ese sentido existe una clara diferencia con el artículo 10 del Decreto ley 48, derogado en 1975, en razón de que el mismo, como hemos señalado, contenía unos datos básicos sobre las conductas infractoras, así como sobre la mayor sanción aplicable: la destitución. De allí, pues, que resulte muy claro que el artículo 17 de la derogada Ley de 1975, contenía una norma en blanco, prohibida por el artículo 49, num. 6, de la Constitución (tómese en cuenta que la sentencia examinada es del 2001), razón por la cual no podía servir de fundamento al Reglamento de 1975, que si bien pudo no

quedar derogado con la derogación del Decreto ley de 1958, sin dudas debía ser compatible con el nuevo instrumento legal –el de 1975– y la compatibilidad sólo podía predicarse con el artículo 17 de dicha ley. Y evidentemente no existía tal compatibilidad, porque, en primer lugar, ese artículo contenía una norma en blanco, que no era el caso del Decreto ley derogado; y en segundo lugar, porque aun cuando se pudiese haber admitido la validez de la remisión genérica que contenía, ella estaba limitada a las sanciones, y omitía a las infracciones.

Entonces en estricto rigor lógico y hermenéutico, si el Reglamento de 1965 resultaba incompatible con la Ley de 1975, que derogó al Decreto ley que le servía de fundamento, resulta concluyente que ese reglamento fue derogado al promulgarse la nueva ley. Y carece de validez el argumento que parece manejarse en la sentencia, acerca de la vigencia del mencionado reglamento derivada del Decreto ley de 1958, no precisamente debido a su derogación, dado que como ya hemos afirmado coincidimos con la tesis relativa a que la simple derogación de una ley, no implica la derogación automática de su reglamento, pero debemos acotar que esa tesis es válida, sí y sólo sí, el reglamento es compatible con la nueva ley, que es precisamente lo que no ocurría en la situación descrita.

En ese orden de ideas es necesario rechazar cualquiera postura que pretenda mantener la fundamentación de un reglamento ejecutivo, en una ley derogada, cuando ese reglamento resulta incompatible con la nueva ley (derogatoria), porque –insistimos– como es sabido, siempre el reglamento ejecutivo debe tener como fundamento una ley preexistente, y aunque esa preexistencia no necesariamente tiene que ser temporal, pudiendo ser conceptual, en tanto en cuanto la ley derogatoria contenga normas o mantenga normas del texto derogado, las cuales continuarán, debido a esa permanencia, siendo desarrolladas por el reglamento (compatibilidad del reglamento de la ley derogada con la ley derogatoria).

Pero sino no existe esa compatibilidad, tampoco existe ley preexistente ni temporal ni conceptualmente, porque como resulta de reglas lógicas elementales no es posible predicar la compatibilidad con la ley derogada, por una razón sencillísima: ésta ya no existe en el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, debe considerarse errónea la tesis que parece asomarse en la sentencia bajo examen, con la finalidad de colocar el fundamento del Reglamento de 1965, en el Decreto ley 48, que fue derogado expresamente *in totum* por la Ley de 1975.

Para concluir ratificamos que el análisis de este fallo tiene una finalidad didáctica, pues permite tener a mano una clarísima "norma en blanco", como la contenida en el artículo 17 de la derogada ley de 1975, la cual de ninguna manera, a la luz de la Constitución de 1999, podía servir de fundamento a ningún reglamento sancionatorio, y mucho menos al de 1965. El aludido carácter didáctico está relacionado con el análisis conceptual del asunto, pero igualmente con la idea de demostrar cómo una sentencia del máximo tribunal puede, en nuestro criterio, contribuir a lesionar derechos fundamentales. Insistimos en que ese reglamento que inclusive contenía sanciones corporales, fue expresamente derogado por el Decreto ley de 9 de noviembre de 2001, mediante el cual fue creado el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

2.3.2.6. **Las relaciones de sujeción especial o relaciones de supremacía especial y la garantía de la reserva legal**.

2.3.2.6.1. **Premisa introductoria (relaciones de supremacía general versus relaciones de supremacía especial)**. A lo largo del trabajo hemos reiterado que tanto en el marco del Derecho comparado, como en el del Derecho nacional, existe un consenso acerca de la necesidad de matizar los atributos del principio de legalidad penal en el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa. Particularmente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, a la luz de las sentencias antes examinadas, independientemente del grado de matización que admitan, se desprende que la atenuación de esos principios incide en la tipificación (ley cierta) y en la reserva legal. En cambio, de las mismas no es posible derivar ninguna posición sobre esa posible atenuación en el caso de las relaciones de sujeción especial, que es uno de los aspectos de la tesis de la matización, más polémicos en el Derecho comparado, salvo que se le atribuya ese carácter a unas referencias indirectas contenidas en dos sentencias de la Sala Constitucional que examinaremos más adelante.

A los fines de la mejor comprensión del asunto bajo estudio, debemos referirnos previa y sucintamente a las relaciones de sujeción especial como las denomina la doctrina española NIETO (1994), GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), o relaciones de supremacía especial LANDI Y POTENZA, (2000). Pues bien, según la doctrina española el origen de la tesis que clasifica las relaciones del ciudadano, o súbdito en su caso, con el Estado, se encuentra en el Derecho imperial alemán posterior a 1870, que como es sabido estuvo muy influenciado por autores como Laband, Jellinek, Mayer, etc., y según la

doctrina italiana, la paternidad de la misma debe atribuirse al jurista Santi Romano. En todo caso, independientemente de la autoría, es preciso subrayar que la tesis parte de la siguiente premisa básica: la posición de los ciudadanos frente al Estado, que origina una relación de sujeción o supremacía general, sustentada en el poder soberano de éste, que admite diversas manifestaciones, y puede ejercer el ente estatal sobre cualquier ciudadano, verbigracia el poder punitivo, penal o administrativo, a que está sujeto cualquier habitante del territorio de la República; de modo, pues que esta relación se configura entre el Estado, por supuesto a través de sus órganos, y el componente indiferenciado de sus integrantes.

En cambio, la relación de sujeción o supremacía especial, también supone el ejercicio de un poder por parte de órganos del Estado, pero la especialidad radica, en primer lugar, en que incide sobre grupos específicos del aludido componente subjetivo; y en segundo lugar, que las personas que componen esos grupos están integrados a la Administración, bien como funcionarios públicos, militares, estudiantes, etc. Según NIETO (1994), la idea básica que subyace a esta tesis en su concepción original en la Alemania Imperial, era justificar "una fuerte intervención sobre determinados sujetos –sin respeto a sus deberes {estimo que debe decir derechos} fundamentales ni al principio de reserva legal– que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción especial". LANDI, afirma que la idea básica que subyace a esta tesis está vinculada al ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración, sin necesidad de atenerse al rigor del respeto de las garantías que impone el ejercicio de la potestad estatal, cuando está fundado en las relaciones de supremacía general.

En todo caso a los efectos del desarrollo del presente trabajo interesa destacar la finalidad implícita en esta concepción atinente a la supresión de las garantías ciudadanas asociadas al ejercicio de cualquiera potestad estatal, precisamente invocando la especialidad de la relación entre administrados y administración. Al parecer esta tesis alemana o italiana, traspasó los límites de esos países, siendo inclusive "perfeccionada" y ampliada en el caso de España, país en el cual la jurisprudencia extendió su radio de acción más allá de los funcionarios públicos, los militares, los presos, hasta la organización de los servicios públicos, tanto en cuanto concierne a los usuarios (estudiantes, e internados en un hospital público), como en aquellos casos derivados del control sobre la prestación de los mismos, e inclusive de las actividades de los particulares beneficiados por la actividad

de fomento. Fue así como la relación de sujeción especial se extendió en principio sobre los investigadores privados, los promotores de vivienda, taxistas, profesionales liberales, etc.

Pues bien, admitir esa diferenciación entre relaciones de supremacía general y de supremacía especial, independiente del alcance que se le de a la misma, supone en el ámbito del *ius puniendi* estatal, que de las dos clásicas manifestaciones del mismo: potestad penal y potestad administrativa, esta última aparece escindida en cuanto a la aplicación de los principios generales del Derecho Penal, pues en ese orden de razonamiento una primera categoría de la misma se inscribiría, igual que la punitiva penal, en el marco de las relaciones de supremacía general, razón por la cual se aplicarían en su ejercicio por parte de la Administración, los aludidos principios generales, o en otras palabras, dicho ejercicio estaría sujeto al respeto a las garantías materiales y formales derivadas de los señalados principios, por supuesto, con las matizaciones antes explicitadas.

Una segunda categoría se inscribiría en el marco de las relaciones de supremacía especial, razón por la cual en el ejercicio de esta modalidad de la potestad sancionatoria administrativa, no resultarían aplicables los principios penales, y sobre todo la tipificación tanto de infracciones como de sanciones, podría realizarla la Administración mediante normas de rango sublegal, de tal manera que se soslayaría el respeto a la garantía de la reserva legal. En esos términos aparece planteada la situación, que examinaremos a continuación en el contexto del ordenamiento jurídico venezolano.

2.3.2.6.2. **Los grados de afectación de la garantía de la reserva legal en las relaciones de supremacía especial**. Es preciso señalar que un ordenamiento en el cual se constitucionalice la potestad sancionatoria de la Administración Pública, el problema de su aplicación en el seno de las relaciones de supremacía especial, puede discurrir por las siguientes vías jurídicas: a) optar por ejercer la referida potestad en la misma forma en que se ejerce cuando se inscribe dentro de las relaciones de supremacía general, esto es, mediante la aplicación de la tesis de la matización de los principios del Derecho penal, antes explicitada y; b) optar por reconocer que en el marco de las relaciones de supremacía especial, la garantía de la reserva legal implicada en el proceso de legalidad penal queda soslayada.

La primera opción comporta proclamar la inexistencia de diferencias entre la actuación de la Administración cuando ejerce la potestad sanciona-

toria sobre la base del poder de supremacía general, verbigracia cuando impone una multa porque un ciudadano realizó una conducta tipificada como infracción en una Ordenanza Municipal o en una ley urbanística, y la actuación de un órgano administrativo cuando la ejerce con base en una relación de supremacía especial, verbigracia impone la sanción de destitución a un funcionario, por haber desplegado un comportamiento tipificado como infracción en la Ley. Por supuesto, como explicamos antes, en ese caso se admite la colaboración o complementación reglamentaria, siempre y cuando la norma de rango legal contenga los rasgos básicos de la infracción, y así mismo enumere las sanciones y sus niveles (exigencia en forma matizada de la garantía de la reserva legal).

La segunda opción implica postular una clara diferenciación entre la actuación de la Administración sustentada en una relación de supremacía general, en los términos antes enunciados, con la sustentada en una relación de supremacía especial, pues en esta hipótesis en el ejercicio de la potestad sancionatoria la Administración está autorizada para desvincularse del principio de la reserva legal. Esas opciones fueron visualizadas por el Tribunal Supremo español en la sentencia dictada el 9 de julio de 1988, en los siguientes términos:

"...b) Esta exigencia de habilitación legal previa opera con diferente rigor, según estemos en presencia de relaciones especiales de sujeción o de relaciones de sujeción general. c) En el caso de las infracciones cometidas en el ámbito de relaciones especiales de sujeción la reserva de la ley pierde parte de su razón de ser (de su fundamentación legal dice el Tribunal Constitucional), en cuanto aquellas relaciones son expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *ius puniendi* genérico del Estado. d) En cambio, en el supuesto de las relaciones generales de sujeción está excluida la posibilidad de una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, aunque sí puede la ley remitirse a una regulación reglamentaria. No cabe, por tanto, una remisión en blanco a un reglamento, esto es, la simple habilitación a la Administración vacía de todo contenido material propio, a fin de que pueda tipificar los ilícitos administrativos y sus sanciones".

Ahora bien, la particular aplicación de la potestad sancionatoria administrativa en las relaciones de supremacía especial puede ocurrir de dos maneras, a saber: b-1) mediante la norma de rango legal en blanco a "ciegas", o sea, aquella vacía de contenido normativo material, que se limita a realizar una

remisión totalmente genérica al reglamento, como por ejemplo, la siguiente: "corresponderá al reglamento el diseño del régimen de la potestad sancionatoria", quedando así facultada la Administración para establecer mediante un instrumento de rango sublegal tanto las infracciones como las sanciones.

b-2) Mediante el establecimiento de las infracciones y las sanciones en un reglamento independiente, o sea, directamente, sin que ni siquiera sea exigida la existencia de una ley previa que contenga una norma en blanco como la antes ejemplificada, que haga la remisión formal al reglamentista. En otras palabras, se admite que la Administración está facultada para tipificar infracciones y sanciones al margen de la Ley, haciendo caso omiso al precepto constitucional que delinea el principio de legalidad sancionatorio. Hacia esa dirección apuntó durante bastante tiempo la jurisprudencia española, aun después de la vigencia de la Constitución de 1978, como se desprende de la sentencia dictada el 7 de abril de 1987 "...Más aún, y hecha la salvedad de las infracciones que se cometan en el seno de las relaciones de sujeción especial, en las que la propia reserva de ley pierde parte de su fundamentación material en cuanto expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que las distingue del *ius puniendi* genérico del Estado".

Resulta claro entonces que los efectos de las modalidades identificadas b-1 y b-2, revelan una aplicación deficiente de la reserva de ley, o quizás sea mejor decir, que evidencian un sacrificio de esa garantía acudiendo a las normas en blanco a ciegas, y a la imposición de sanciones sobre la base reglamentaria, acudiendo a los reglamentos independientes.

Planteada así la situación, lo que habría que discutir es la compatibilidad de las dos tesis, generalmente de orden jurisprudencial, con el principio de legalidad sancionatorio contemplado en los textos constitucionales, y al respecto cabe señalar que no tenemos dudas de que si se impusiera la primera, que postula que no existe diferencia entre el ejercicio de la potestad sancionatoria en el marco de las relaciones de supremacía general y especial, siempre teniendo en cuenta la teoría de la matización de los principios del Derecho penal, podría predicarse su compatibilidad con el referido el principio de legalidad sancionatorio.

Sin embargo, como es posible imaginarse admitir la validez de dicha tesis, implica en la práctica equiparar las relaciones de supremacía general, con las relaciones de supremacía especial, pues la diferencia entre ellas cobra sentido sólo si la comparación es montada sobre la variable potestad

sancionatoria, y por supuesto, también perdería sentido la misma clasificación de las relaciones de poder del Estado con los particulares. De allí la tendencia tanto de un sector de la doctrina como de la jurisprudencia, a predicar esa diferencia, sobre la base de que en el ejercicio de la potestad sancionatoria en el marco de las relaciones de supremacía especial, la garantía de la reserva legal debe ceder; y en consecuencia, imponerse la regulación reglamentaria directa o indirecta tanto de las infracciones como de las sanciones, por las razones expuestas en el punto anterior, relacionadas con el funcionamiento de la Administración, la organización de los servicios públicos, y el control sobre las actuaciones de los particulares vinculadas con las actividades de fomento de la Administración.

No obstante, conviene subrayar que la admisión de esta tesis, que independientemente de su alcance material, puede considerarse lógica, sobre todo si se tiene en cuenta que originalmente estaba destinada a sustentar una especie de potestad doméstica que detentaba la Administración para erigir a la deontología profesional en uno de los pilares de su actuación honesta, eficaz y eficiente, suscita un complejo problema que consiste en buscar la manera de compatibilizarla con el precepto constitucional que consagra el principio de legalidad sancionatorio, que por añadidura ahora otorga un basamento expreso a la potestad punitiva de la Administración Pública.

En ese sentido señala GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) que en España después de muchas vacilaciones el Tribunal Constitucional puso fin a la tendencia iniciada por el antes transcrito fallo del Tribunal Supremo, que abogaba por el debilitamiento y relajamiento de la garantía de la reserva legal hasta admitir su desaparición pura y simple, al declarar en la sentencia del 29 de marzo de 1990, que:

"...La naturaleza sancionatoria de la medida (impide) que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa pueda desvirtuar aquella naturaleza... y sin que por lo demás y esto es lo más importante pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado con el riesgo de lesionar derechos fundamentales (...). Pues, una cosa es que quepan restricciones en los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos), puedan ser también restringidos o perder eficacia o virtualidad. No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimien-

to de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad del ciudadano". Otra cosa es que esos requisitos permitan una adaptación –nunca una supresión– a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrados y en concordancia con la intensidad de la sujeción".

Insistimos en que García de Enterría sostiene que con este fallo se supera de manera categórica la tesis del Tribunal Supremo acerca del relajamiento y hasta supresión de la garantía de la reserva legal en el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, cuando medien relaciones de sujeción especial. Sin embargo, observamos que la sentencia no es tan clara como sostiene el mencionado autor, porque si bien declara que siempre deben cumplirse los requisitos que patentizan la garantía de la reserva legal, al mismo tiempo admite que ellos puedan ser "adaptados", –no suprimidos– en función de la intensidad de la sujeción de la relación que se entabla entre Administración y administrados.

Y nos preguntamos atendiendo al mecanismo conceptual que permite la exigencia de la garantía de la reserva legal en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración, y particularmente cuando dicho ejercicio se inserta en relaciones de sujeción especial (funcionarios, militares, presos, internados en hospitales, estudiantes, profesionales liberales, para referirnos solamente a las clásicas), si esa **adaptación**, puede encontrar vías diferentes a la admisión de la validez de las normas en blanco "a ciegas", produciéndose la tipificación de infracciones y sanciones mediante la reglamentación, o en la reglamentación directa a través de los reglamentos independientes.

Pareciera, examinado el asunto desde el punto de vista lógico, que la respuesta es negativa. Entonces si no existen alternativas distintas de adaptación, resulta concluyente, en nuestro criterio, que la denominada adaptación sólo conduce a la supresión de la garantía de la reserva legal, lo que revela una clara contradicción en la sentencia transcrita, salvo que resulte posible postular una modalidad de adaptación intermedia entre la colaboración reglamentaria, que reiteramos implica una norma de rango legal que contenga los elementos mínimos del tipo, así como la enumeración de las sanciones (insuficiente, pero no en blanco), y la norma en blanco a "ciegas", que no logramos imaginarnos. Tampoco es viable siquiera hablar de adaptación frente a la proscripción formal de la norma de rango legal, cuando se admite pura y simplemente que la norma sancionatoria puede estar incorporada en un reglamento independiente.

Es cierto que autores como Nieto frente a esa sentencia reivindican su bondad aludiendo a que en ella el Tribunal "no se decide a equiparar esa peculiar potestad sancionatoria con la genérica de la Administración, pero tampoco llega a excluirla tajantemente de su régimen. El principio de legalidad sigue aplicándose, aunque sea en forma relajada, pero con una relajación **que tiene como límite infranqueable de no llegar a ser nunca una supresión"**. Y nosotros insistimos en que teóricamente esa afirmación puede ser compartida, pero el problema radica en determinar cómo se relaja el principio de la reserva legal sin que se produzca su supresión. No hay que olvidar que el relajamiento o "matización" de este principio opera cuando se ejerce la potestad sancionatoria en el marco de las relaciones de supremacía general, de tal manera que a partir de allí un nuevo grado de relajamiento del principio conduce inexorablemente a su supresión.

En suma, en nuestro criterio, el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa en el seno de las relaciones de supremacía especial, sólo admite dos soluciones totalmente antagónicas: o se parte de la premisa de que el contenido del principio de legalidad sancionatorio no tolera mayores matizaciones o relajamiento que los explicados anteriormente sobre las normas de rango legal insuficientes, que permiten la colaboración reglamentaria, que es lo que ocurre en el marco de las relaciones de supremacía general; o se admite que en las relaciones de supremacía especial, por las razones que subyacen a su marco conceptual, el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa implica la supresión de la reserva legal, de tal manera que esa potestad se desagrega en la facultad de tipificar mediante normas de rango sublegal las infracciones y las sanciones a los que quedan sujetos los integrantes de los grupos específicos ya mencionados. Sin pretender ser extremista, estimamos que esas son las dos únicas soluciones posibles y que corresponderá a cada ordenamiento optar por una de ellas.

2.3.2.6.3. **El ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa en Venezuela, en el marco de las relaciones de supremacía especial y la garantía de la reserva legal.**

2.3.2.6.3.1. **La inexistencia de un marco general jurisprudencial, normativo o doctrinario sobre las relaciones de supremacía especial y la exigencia de la reserva legal.** En realidad no conocemos ningún ensayo ni ninguna sentencia después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, mucho menos una disposición normativa, que aborde el problema del ejercicio de la potestad sancionatoria en el marco de las relaciones de

supremacía especial. Tampoco conocemos trabajos, sin que ello signifique que no puedan existir, que examinen los dos tipos de relaciones de poder que se entablan entre el Estado y los ciudadanos, o mejor, los integrantes de su componente subjetivo. Por supuesto, que existen hechos y actos de los cuales es posible inferir que los mismos obedecen a las relaciones de supremacía especial, los cuales nos servirán para el análisis de la situación.

Ha de advertirse que la cuestión cobra mayor importancia después de la consagración en el artículo 49, num. 6, de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, pues anteriormente reiteramos que si bien fueron formuladas tesis progresistas por los órganos jurisdiccionales, en las cuales se recogía en términos generales el postulado relativo a la exigencia de la aplicación de los principios del Derecho penal en el ejercicio de la referida potestad, no es menos cierto que la inexistencia de un respaldo constitucional expreso que le diera fundamentación a dichas tesis, les restaba fuerza, sobre todo en el caso de situaciones admitidas desde hace bastante tiempo en muchos ordenamientos, cuya solución pasaba y aún pasa, por la atenuación y hasta la supresión de los principios del Derecho penal en el ejercicio de la potestad sancionatoria por la Administración Pública, como ocurre precisamente cuando ese ejercicio se inserta en una relación de supremacía especial.

Pues bien, ya ese respaldo existe, y lo que es más importante la Constitución prevé en su cláusula derogatoria única la denominada inconstitucionalidad sobrevenida, que se configura cuando existe una colisión entre el derecho preconstitucional y la nueva Constitución. No es la oportunidad para entrar a determinar quiénes son los órganos competentes para realizar esa declaratoria, pues nos interesa destacar más bien que la voluntad de la Constitución es que sus normas y principios deroguen por el mero efecto del tiempo todas las disposiciones preconstitucionales que colidan con esas normas y principios. Por lo pronto consideramos que debe tenerse muy en cuenta esta premisa básica al momento de proponer soluciones a la situación bajo examen.

Pese a la vigencia del artículo 49, num. 6, constitucional, insistimos en que éste respecto a la aplicación de la potestad sancionatoria de la Administración en el marco de las relaciones de supremacía especial, aún no ha encontrado desarrollo legislativo, ni tampoco doctrinario ni jurisprudencial, salvo una referencia incidental en dos sentencias de la Sala Constitucional. Sin embargo, es necesario reiterar que la situación aparece planteada en términos dilemáticos, pues independientemente del marco conceptual, ya

expuesto, que subyace a las relaciones de supremacía especial, cuando la Administración ejerce su potestad sancionatoria, respecto a la garantía de la reserva legal, quedan abiertas dos posturas jurídicas válidas en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, a saber:

O se equiparan las relaciones de supremacía general y de supremacía especial, y consecuentemente se predica la necesidad del respeto a la garantía de la reserva legal, con la matización concerniente a la colaboración reglamentaria, o sencillamente se admite la diferencia entre ambos tipos de relaciones, lo que conduce a que el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa implique el soslayamiento de la exigencia de la garantía de la reserva legal. Pues bien, en los siguientes párrafos haremos un análisis de ambas opciones, pronunciándonos a favor de una ellas, a pesar de las carencias antes enunciadas.

2.3.2.6.3.2. **Las situaciones fácticas que denotan la existencia de un vínculo entre las relaciones de supremacía especial y la reserva legal**.

2.3.2.6.3.2.1. **En el orden normativo**. En el acápite anterior aludimos a la inexistencia de un marco teórico, normativo o jurisprudencial, de carácter sistemático sobre las relaciones de supremacía especial y la garantía de la reserva legal en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria; no obstante, ello no implica postular la inexistencia de hechos actos o situaciones, sobre todo en el ámbito normativo, de las cuales se pueda inferir el vínculo mencionado en el epígrafe. Así, por ejemplo, reflejan dicho vínculo el conjunto de normas que regulan la potestad disciplinaria sobre los alumnos y los profesores en las Universidades, en los cuales por vía reglamentaria se establecen tanto infracciones como sanciones, e igualmente se crean procedimientos especiales para tramitar las correspondientes investigaciones disciplinarias. Por supuesto, que para la aprobación de todo ese ordenamiento se acude a reglamentos internos dictados por los Consejos Universitarios, e inclusive por los Consejos de Facultad, bajo la denominación de reglamentos, normas, normativas etc.

Un ejemplo revelador de la aludida situación es el Reglamento sobre aplicación de medidas disciplinarias a los estudiantes de la UCV, en el cual sobre la base de los artículos 124 y 125 de la Ley de Universidades, el primero de los cuales se refiere a las obligaciones de asistir a clases, mantener un espíritu de disciplina, colaborar con las autoridades y defender el decoro y la dignidad conceptuados como normas del espíritu

universitario; y el segundo enumera las sanciones que serán impuestas a los que incumplan esos deberes, a saber: amonestación, suspensión, pérdida del curso y expulsión de la Universidad.

Pues bien, sobre la base de esas normas legales, en el mencionado reglamento interno se crean nuevas infracciones, que no dejamos de justificar desde el punto de vista material, como la relativa a "quien portando armas hubiere creado de alguna manera el peligro de un daño inminente contra personas o de un grave daño contra las cosas de propiedad pública o privada". En el mismo dispositivo se establece que en ese caso se impondrá la sanción de expulsión hasta por diez años; e igualmente si un estudiante adopta un comportamiento similar, pero que efectivamente cause un daño a personas o cosas, entonces la sanción que corresponde es la de expulsión definitiva de la Universidad.

De modo, pues, que por vía reglamentaria se crean infracciones distintas a las contempladas en la Ley, y se tipifican penas no sólo desproporcionadas que van hasta diez años de expulsión y hasta sanciones vitalicias, como la denominada **expulsión definitiva**. No dejamos de reconocer que desde el punto de vista sustantivo esas nuevas infracciones, así como las sanciones desproporcionadas, salvo la de carácter vitalicio, pudieran estar justificadas, sobre todo si se trae a colación el reciente asalto del Salón de sesiones del Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela, realizado por un reducido número de estudiantes.

Sin embargo, reiteramos que frente a una norma garantista contenida en la Constitución como es la reserva legal en materia sancionatoria, no valen excepciones por muy justificadas que pretendan ser, pues en esa hipótesis toda excepción será inconstitucional, desde luego, si se llega a la conclusión de que en las relaciones de supremacía especial deben regir los principios relativos a la aludida garantía de la reserva legal. Por el contrario, si prevalece la otra tesis, entonces esos reglamentos deberán reputarse ajustados a la Constitución.

En ese mismo orden de ideas es posible observar que el Reglamento de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, contiene una infracción que se configura con la mora del estudiante en la presentación del trabajo de grado o de la tesis doctoral, la cual se sanciona con la pérdida de los estudios realizados, al impedir la presentación de la tesis, después de vencido el lapso señalado en el Reglamento.

Esta situación tiende a repetirse en el amplísimo campo funcionarial, pues de conformidad con el artículo 141 de la Constitución, se considera que forma parte de la reserva legal la regulación de las relaciones de la Administración con los funcionarios que le prestan servicios, a través del denominado Estatuto de la Función Pública, lo que desde luego no significa que deba existir un sólo estatuto –que sería ideal, pero no práctico–. No obstante, sea uno o sean varios, lo que si parece incuestionable es que la reserva legal impone que cualquier estatuto general o especial debe sancionarse mediante ley, como por lo demás lo precisa en términos categóricos, en el caso de los especiales, el artículo 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que prescribe: "Sólo por leyes especiales podrán dictarse estatutos para determinadas categorías de funcionarios y funcionarias públicos, o para aquéllos que presten servicios en determinados órganos o entes de la Administración Pública".

Pues bien, la referida ley del Estatuto de la Función Pública excepciona nueve categorías de funcionarios de su ámbito de aplicación subjetiva, más los que prestan servicios en el Banco Central de Venezuela, que están excluidos por disposición de la ley que regula a dicho ente público. Por lo tanto, como la mayoría de los entes y órganos enumerados en el citado artículo 2 han dictado sendos estatutos de personal por vía de reglamentos internos, los mismos deberán reputarse viciados de nulidad por infringir la reserva legal.

Pero aparte de la inconstitucionalidad, en nuestro criterio, de todos esos instrumentos normativos, porque los titulares de esas Administraciones usurparon la competencia de la Asamblea Nacional, lo que queremos destacar es que en algunos de ellos se nota cierta tendencia a sustituir la remisión de toda la materia disciplinaria a la normativa contenida en la Ley del Estatuto de la Función Pública, como ocurría antes, por la inclusión de normas en el Estatuto que tipifican sanciones e infracciones, como ocurre en el Estatuto de Personal de los Empleados del Banco Central de Venezuela, que tipifica en sus artículos 86, 87 y 88 infracciones y sanciones, las cuales en realidad repiten con adaptaciones las contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, llegando inclusive a modificar el tenor de alguna de ellas, como ocurre con la causal de destitución contenida en el literal c) del artículo 86 del referido Estatuto. No hemos revisado los restantes Estatutos, pero sospechamos que esa tendencia puede estar presente en algunos de esos instrumentos normativos, y de cualquiera manera creemos que un solo ejemplo basta para poner en evidencia la situación descrita.

Los ejemplos de los reglamentos universitarios y del Estatuto de los Empleados del Banco Central de Venezuela, revelan en el primer caso mediante la utilización de la técnica de la norma en blanco, y en el segundo también mediante esa misma técnica, una eventual violación a la garantía de la reserva legal implicada en el principio de legalidad sancionatorio, en virtud de que tipifican infracciones y sanciones a los fines del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de las Universidades y del ente emisor.

Esta misma situación es posible encontrarla en los reglamentos internos de los hospitales, las cárceles y los cuarteles, y sobre todo en los reglamentos disciplinarios de los cuerpos policiales de todo el Distrito Capital, los cuales están recogidos en especies de reglamentos independientes, de tal manera que, a diferencia de los casos anteriores, ni siquiera existe una norma de remisión formal a esos instrumentos de rango sublegal.

2.3.2.6.3.2.2. **En el orden jurisprudencial.** La solución esbozada a esa problemática, derivada de la vigencia de instrumentos de rango sublegal regulatorios de la potestad disciplinaria de la Administración Pública en los ámbitos funcionariales, penitenciarios, educativos, policiales y militares, pues desconocemos si existen reglamentos de esta naturaleza en el ámbito correspondiente a la organización de los servicios públicos, está condicionada a la posición que asuman los legisladores, en una eventual Ley sobre un procedimiento administrativo sancionatorio común, pero sobre todo a la postura que al respecto pueda asumir la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que es la solución que se avizora a más corto plazo, inclusive aun cuando se produjese la referida actuación legislativa, siempre la misma sería susceptible de ser impugnada, motivo por el cual corresponderá a la indicada Sala proferir la decisión definitiva sobre el asunto.

En ese sentido cabe señalar que el análisis de aproximadamente veintitrés sentencias proferidas por la Sala Constitucional a partir del año 2000, relacionadas directamente con actos sancionatorios dictados por la Administración Pública, y con actos normativos con rango de ley contentivos de normas sancionatorias, que pudimos encontrar vía internet, evidencia que solamente dos de ellas se refieren de manera incidental o tangencial, al asunto bajo examen, de las cuales analizaremos la dictada el 11 de junio de 2002 en la oportunidad de decidir la acción de nulidad contra varios artículos de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, y en el desarrollo de uno de los argumentos destinado a puntualizar la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionatoria declaró en lo tocante al punto bajo examen:

"No abarca la discrecionalidad, en consecuencia, la posibilidad de tipificar el hecho ilícito, ni de desprender de una circunstancia determinados efectos en relación con los sujetos sometidos a un ordenamiento en el **cual no exista una relación fija de *supremacía especial***. En consecuencia, importa destacar que la facultad genérica otorgada a la Administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos del ilícito sancionable configura lo que se denomina *norma en blanco*, situación esta que ha sido objeto de total rechazo por parte de la jurisprudencia".

La lectura del párrafo transcrito demuestra que se trata de una referencia meramente incidental al ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa en el marco de las relaciones de supremacía especial, porque ella no encuentra ningún otro desarrollo en el fallo, ni de esa referencia se derivan consecuencias inmediatas en orden al argumento relativo a la prohibición de actuaciones discrecionales de la Administración para tipificar infracciones. Sin embargo, es menester aceptar que cualquier operador jurídico acudiendo a la regla de la interpretación a contrario podría, en estricto rigor lógico, construir un argumento destinado a intentar demostrar que la Sala Constitucional es partidaria de admitir la tesis que postula que en las relaciones de supremacía especial la Administración en el ejercicio de su potestad sancionatoria no está sujeta al cumplimiento de los requisitos relativos a la reserva legal, de tal manera que en ese orden de ideas está facultada para tipificar infracciones y sanciones por vía reglamentaria, sobre la base de una norma en blanco o a través de uno de los reglamentos denominados independientes, soslayando así el cumplimiento de los requisitos atinentes a la garantía de la reserva legal.

Más aún, tal tesis pareciera encontrar un refuerzo en una sentencia del 29 de abril de 2003, dictada en la oportunidad de resolver la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Ha de advertirse que también en ese fallo se trata de una mera referencia incidental en los siguientes términos:

"...y también en los casos en que se encuentren bajo una relación de situación especial (sic) con un determinado grupo de administrados, siendo uno de esos supuestos especiales, los vínculos que guarda con su personal, en razón del régimen jurídico funcionarial, de aquí deviene que el régimen administrativo detenta aún más poder y libertad de regulación, toda vez que en el régimen disciplinario **ni siquiera se demuestra el** *ius*

*puniendi* del Estado con base en la Soberanía que detenta, sino en esos casos la relación que mantiene con el particular cualificado –en este caso el funcionario– se **asemeja a una relación de contrato de trabajo"** (sic).

Es cierto que el referido argumento puede hilvanarse a partir de las sentencias transcritas, máxime si se complementa con el marco conceptual de las relaciones de supremacía especial; así como con las indicadas expresiones fácticas del mismo; no obstante, nos parece un exceso derivar una solución de tanta importancia para el ejercicio de los derechos ciudadanos de esas referencias incidentales, una de las cuales –la última– no resulta muy clara, pues conviene recordar que no sólo están en juego los derechos de los funcionarios públicos, los militares, los estudiantes, los enfermos y los presos, que son los involucrados clásicamente en las relaciones de supremacía especial, sino también en Venezuela los profesionales liberales y los deportistas, que están sujetos a la potestad disciplinaria de sus colegios, las asociaciones y federaciones, en el marco del Derecho público los primeros, y en el marco de los denominados actos de autoridad, los segundos. Pero nada obsta, para que se pretenda una vez formulada la tesis, extenderla a las relaciones que surgen de la organización de los servicios públicos, taxistas, agentes aduaneros, etc.

2.3.2.6.3.2.3. **La tesis ajustada a la Constitución**. Pensamos que una tesis del tenor antes indicado, construida a partir de los párrafos transcritos de las sentencias de la Sala Constitucional, pecaría de imprudente y desproporcionada, máxime si se tienen en cuenta las dos antes analizadas sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en las cuales se pronunció sobre la constitucionalidad del Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6 de la Fuerza Armada Nacional, y del derogado Reglamento Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, en las que toda la argumentación estuvo dirigida a demostrar que dichos instrumentos de rango sublegal tenían como fundamento sendos actos de rango legal.

De tal manera que si dicha Sala hubiese considerado que en las relaciones de los militares y los funcionarios policiales, indudablemente, de supremacía especial, debía relajarse o soslayarse la exigencia de la garantía de la reserva legal, a los fines del ejercicio de la potestad disciplinaria, le hubiera bastado traer a colación ese razonamiento; y en consecuencia, se habría evitado construir el argumento histórico conceptual antes analizado, sobre el carácter de decreto ley que detentaban los actos normativos que les sirvieron de base a los citados reglamentos.

En ese mismo orden de ideas debe reseñarse que esa misma Sala en sentencia de 12 de julio de 2001, decidió inaplicar los dispositivos sancionatorios contenidos en el Reglamento Interno para la Administración de Personal de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), debido a que no encontraban base de sustentación en ningún instrumento de rango legal, es decir, que dichas disposiciones eran la expresión de un reglamento independiente en materia sancionatoria.

A la luz de esos fallos no queda mas que concluir en que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que dicho sea paso, es la competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad o legalidad de todos los reglamentos, y desde luego, también de los de naturaleza sancionatoria, pareciera ser partidaria de la tesis que propugna que en el ámbito de las relaciones de supremacía especial debe respetarse plenamente la garantía de la reserva legal, lo que equivale a plantear que no existe ninguna diferencia, a los efectos del ejercicio de la potestad sancionatoria por la Administración, independientemente de que las relaciones con los administrados sean generales o especiales.

En nuestro criterio esa es la tesis correcta por las siguientes razones: a) en nuestro país nunca ha existido un marco teórico que permita diferenciar entre las relaciones de supremacía general y de supremacía especial, que constituiría el basamento para predicar el soslayamiento de la exigencia de la garantía de la reserva legal en el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa; b) hasta 1999 podía admitirse, inclusive teniendo presente la ausencia de ese marco teórico, que se esgrimiese la tesis del relajamiento de la garantía de la reserva legal, como efectivamente ocurrió con los citados reglamentos disciplinarios universitarios, de las cárceles y de los hospitales, pese a las tesis en contrario contenidas en reiteradas sentencias tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia en Pleno, como de la Sala Político Administrativa de esa misma Corte. Sin embargo, como en esas sentencias los pronunciamientos tenían un carácter general, es decir, no discriminaban entre relaciones de supremacía general y especial, podría admitirse como válido el argumento relativo a que sólo estaban referidas al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública en el marco de las relaciones de supremacía general.

c) A partir de 1999 la exigencia de los requisitos atinentes a las garantías de la tipificación y de la reserva legal, dejó de tener un fundamento meramente principista jurisprudencial, y pasó a tener un claro fundamento

positivo constitucional, recogido en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, el cual resulta necesario destacar, configura para los ciudadanos un derecho fundamental: el **derecho a no ser sancionado por la Administración sin el cumplimiento imprescindible por ésta, de los requisitos constitutivos de las garantías de la tipificación y de la reserva legal**. Y en ese sentido cabe advertir que existe una regla hermenéutica que postula que en la interpretación relativa a la naturaleza y alcance de los derechos constitucionales no son admisibles restricciones, salvo que de manera expresa, e inclusive implícita, estén contempladas en la propia Constitución.

d) La aplicación de esa regla conduce, en nuestro criterio, sin mayores discusiones, visto que no está contemplada ninguna excepción a la misma, a privilegiar la exigencia de la garantía de la reserva legal, esto es, a aplicar correctamente la ratio del artículo 49, num. 6, sobre la diferenciación de orden conceptual que se establece entre las denominadas relaciones de supremacía general y especial, por lo demás casi desconocida en la doctrina y jurisprudencia venezolana, pues los derechos fundamentales priman sobre cualquier construcción doctrinaria, sobre cualquier nota técnica de la Administración, y sobre cualquier motivo que invoque la Administración para intentar justificar su actuación punitiva, bien sea su organización, su funcionamiento o el funcionamiento de los servicios públicos que debe prestar o controlar, salvo –insistimos– que de la propia Constitución emerja la excepción, que no es el caso venezolano.

Por cierto que aun cuando se intentara por vía jurisprudencial, cuestión que no nos extrañaría que ocurriera, transitar la tesis que postula el soslayamiento de la garantía de la reserva legal, siempre habría que tener presente por lo menos en relación a las sanciones, la prohibición categórica, por supuesto ajustada al citado precepto constitucional, contenida en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de crear sanciones, o modificar las previstas en las leyes, mediante actos administrativos; de allí que la invocación de las relaciones de supremacía especial por la Administración, en el supuesto de su procedencia, estaría restringida a la tipificación reglamentaria de infracciones, ya que estará impedida legalmente de utilizar esa vía para enumerar las correspondientes sanciones.

De modo, pues, que conforme a nuestra tesis, la predicada singularidad de la potestad sancionatoria de la Administración Pública originada en su ejercicio en el seno de las relaciones de sujeción especial, que se concreta en términos generales en la imposición de la modalidad de las sanciones

administrativas, conocida como disciplinarias, resulta inexistente, en virtud de que en dicho ejercicio debe cumplir los mismos requisitos atinentes a la reserva legal, exigidos cuando ejerce la potestad sancionatoria en el marco de las relaciones de supremacía general; de allí entonces, que resulte contrario al artículo 49, num. 6, constitucional, que los órganos administrativos tipifiquen infracciones y sanciones mediante reglamentos fundamentados en una norma en blanco "a ciegas", así como en reglamentos independientes, o sea, aquellos que ni siquiera resultan de la remisión formal genérica contenida en la norma en blanco de un instrumento de rango legal.

Si esta tesis, que en todo caso está formulada para someterla a la discusión académica, fuese acertada, entonces la Administración debería abstenerse de imponer sanciones disciplinarias derivadas de normas en blanco o contenidas en reglamentos independientes, pues las normas reglamentarias si son anteriores a 1999 estarían afectadas por la inconstitucionalidad sobrevenida. Si de todas maneras la Administración impusiese sanciones basadas en un reglamento de la naturaleza indicada, entonces cualquier Tribunal optará, en vista de la inexistencia de reglas atributivas de competencia sobre la declaratoria de inconstitucionalidad sobrevenida, entre hacer a todo evento esa declaratoria, o sencillamente ejercer el control difuso de la constitucionalidad, e inaplicar la o las normas reglamentarias por colidir francamente con el citado artículo 49, num. 6, de la Constitución.

Reafirmamos que aun a riesgo de crear vacíos normativos esa debería ser la conducta de los Tribunales, pues debe ponderarse que aparte de unos pocos reglamentos que tipifican hasta sanciones corporales (verbigracia el Reglamento de Castigos Disciplinarios Nº 6 de la Fuerza Armada Nacional), algunos de los instrumentos de rango sublegal que dictan la Administración y los Colegios profesionales a veces contienen sanciones muchas más graves que la multa, que es la sanción prototípica dictada por la Administración cuando ejerce la potestad sancionatoria inscrita en relaciones de supremacía general, como por ejemplo la suspensión en el ejercicio profesional, la expulsión del colegio, etc, pues de esa manera cumplirán con el deber de tutelar el derecho constitucional de los ciudadanos.

En ese orden de ideas cabe destacar que la teoría de la "matización" facilita la adecuación del principio de legalidad sancionatorio al ejercicio de la potestad sancionatoria por la Administración, en virtud de que mediante ella se abre un amplio campo a la colaboración reglamentaria, sobre la base de la norma legal insuficiente, pero contentiva de los elementos básicos de la

tipificación, así como de la enumeración de las sanciones y sus niveles, pudiendo perfectamente inscribirse en ese campo el ejercicio de la referida potestad en el seno de las relaciones de supremacía especial.

2.3.2.6.3.2.4. **A título de reflexiones finales sobre la garantía de la reserva legal implicada en el principio de legalidad sancionatorio en Venezuela**. Teniendo en mente la vinculación casi inescindible existente entre las garantías de la reserva legal y la tipificación, a la luz de los razonamientos anteriores, derivados de los citados preceptos constitucionales, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, y de la doctrina extranjera, sobre la garantía bajo examen, nos parece conveniente formular unas reflexiones finales, que inclusive podrían aproximarse a unas conclusiones preliminares, sobre esta garantía, y al respecto cabe señalar: a) que en Venezuela priva el concepto clásico de reserva legal, esto es, un conjunto de materias vinculadas con el concepto de libertad en sentido amplio, identificadas de manera explícita o implícita por la Constitución, cuya regulación es atribuida al Parlamento, y sustraída de la potestad normativa del Poder Ejecutivo, de tal manera que las mismas sólo pueden ser reguladas por leyes formales o por actos con fuerza de ley. En definitiva, se trata de una garantía básica en todo Estado de derecho, como el nuestro, la cual aparece reforzada, debido al peso de la tradición jurídica, en el principio de legalidad sancionatorio delineado en el artículo 49, num. 6, de la Constitución.

b) En virtud de ese reforzamiento podrían suscitarse dudas acerca del alcance de dicha garantía. Así, por ejemplo cabría preguntarse si se trata de una reserva de ley de Parlamento, esto es, si la potestad sancionatoria administrativa admite regulación solamente mediante leyes formales, excluyendo todo otro tipo de acto normativo de rango legal; o si es posible plantear en algunos casos la necesidad de que la reserva opere mediante una ley orgánica, o independientemente de la naturaleza del acto con rango de ley que se utilice, se requiere que éste contenga una remisión expresa para que pueda contarse con la colaboración del reglamento. A los fines de tratar de disipar esas dudas es necesario sentar como premisa básica que a partir de la vigencia de la Constitución de 1961, existen modalidades de reserva de ley, pero todas ellas obedecen a la concepción clásica antes expuesta.

El análisis de la Constitución vigente atendiendo a la referida concepción de la reserva legal, demuestra que si bien existen diversas modalidades de ésta, (reserva de ley ordinaria, reserva de ley orgánica, reserva de ley absoluta, relativa, etc), tal diversidad constituye un factor irrelevante a

los efectos de la actuación del legislador en la configuración de la potestad sancionatoria de la Administración orientado por los parámetros del artículo 49, num. 6 del texto constitucional. En efecto, dicho precepto alude a "leyes preexistentes", sin ningún tipo de calificación, razón por la cual no es posible erigir obstáculos a la regulación de la reserva legal por ley ordinaria, decreto ley o ley orgánica, según el caso.

Casi puede afirmarse que la regla será la actuación mediante leyes formales ordinarias, pero en virtud de que son poquísimos los límites materiales a la potestad normativa con rango de ley emanada del Poder Ejecutivo, a diferencia de lo que ocurría durante la vigencia de la Constitución de 1961, y entre ellos no figura la materia sancionatoria administrativa, pudiendo en consecuencia el mencionado Poder cuando dicte decretos leyes en el referido ámbito tipificar infracciones y sanciones, en primer lugar, porque el término leyes utilizado en la Constitución para identificar materias que forman parte de la reserva legal, alude más a su fuerza que al procedimiento de su elaboración, máxime si se tiene en cuenta –insistimos– que los límites son poquísimos, al punto que la Sala Constitucional creó por vía de interpretación a los "decretos leyes orgánicos" y; en segundo lugar, la relación entre la potestad sancionatoria y los cometidos de la Administración Pública, que sin ser básica en la consagración de la potestad sancionatoria de ésta, de todas maneras es muy importante, la cual se tornaría nugatoria si el Ejecutivo dictase un decreto ley administrativo, y estuviese impedido de tipificar infracciones y sanciones, pues dejaría de contar con un instrumento destinado a asegurar el cumplimiento del decreto ley, tanto por parte de los particulares como por los propios funcionarios administrativos.

Respecto a la exigencia de que la reserva opere mediante una ley orgánica, la misma será viable solamente cuando la ley **desarrolle derechos constitucionales**, es decir, cuando todo el texto legislativo esté destinado a regular in extenso uno o varios derechos constitucionales, verbigracia el derecho de la libertad personal, caso en el cual por fuerza del contenido del texto constitucional, las sanciones e infracciones administrativas deberán estar contenidas en una ley orgánica.

No podrá exigirse una ley orgánica aun cuando las normas sancionatorias incidan sobre un derecho fundamental, verbigracia el derecho al libre ejercicio profesional, cuando un profesional es suspendido en ese ejercicio, en virtud de que en esa hipótesis el referido derecho no es desarrollado por la

norma, ni el texto legislativo que la contiene tiene esa intención, sino que se limita a regular esa circunstancia. Por consiguiente, parece difícil que pueda invocarse, por ejemplo, la violación de la reserva legal, argumentando de conformidad con el artículo 203, encabezamiento, de la Constitución, que la sanción (suspensión del ejercicio) infringe un derecho constitucional, lo que por lo demás ocurre en casi todos los casos (multas, inhabilitación para el ejercicio profesional, destitución, etc), pero a nadie se le ocurre afirmar que toda norma que prevea sanciones como las indicadas, que insistimos siempre inciden sobre un derecho constitucional, deba estar contenida en una ley orgánica, y por el contrario, se admite, y lo que ocurre normalmente es que ese tipo de regulaciones se realicen mediante leyes ordinarias o decreto leyes.

Por otro lado, en Venezuela cualquiera que sea la modalidad de reserva legal, en principio no se requiere que el instrumento de rango legal, haga una remisión expresa al reglamento. En consecuencia, ante el silencio de la ley en ese sentido, inclusive en materia sancionatoria, rige la regla general contenida en el artículo 236, num. 10, de la Constitución, relativa a que toda ley es reglamentable total o parcialmente por el Poder Ejecutivo. Sin embargo, es necesario reiterar que en el ámbito sancionatorio esa potestad presidencial o de la Administración cobra una especial particularidad, pues al estar prohibidas las normas en blanco, originadas en los reenvíos genéricos, siempre la colaboración reglamentaria deberá estar montada en unos elementos básicos del tipo, contenidos en la norma de rango legal, los cuales operan como un verdadero mecanismo de remisión, de tal manera que en la práctica en materia sancionatoria siempre se requerirá un reenvío en los términos indicados, para poder postular el respeto a la garantía de la reserva legal.

c) La tesis de la matización de los principios penales en el marco del principio de legalidad sancionatorio, es predicable totalmente en el ámbito de la tipificación de las infracciones; en cambio, casi no es posible en el ámbito de la enumeración de las sanciones, debido a que la garantía de la reserva legal sólo puede ser consagrada en materia de sanciones administrativas, con su enumeración en la norma de rango legal, produciéndose consecuencialmente una absoluta interdicción para el legislador de reenviar al reglamento la enumeración y atribución de las sanciones, pues a lo sumo puede conferirle válidamente la facultad para que establezca la correlación entre infracciones y sanciones.

Por esa razón una norma legal que tipifique unas infracciones administrativas directamente o con la colaboración reglamentaria, pero omita tipificar

las sanciones, debe reputarse válida en lo tocante a la primera tipificación, pero en cambio no podrá aparejarse al incumplimiento de esas infracciones, ninguna pena, dado que ésta no ha sido prevista por la norma legal, e insistimos en que el reglamentista está impedido para tratar de cubrir ese vacío legislativo. De tal manera que aunque pueda parecer poco ortodoxo, la garantía de la reserva legal impedirá que el infractor pueda ser sancionado. Sin embargo, la Administración queda habilitada para realizar otras actuaciones, desde luego, siempre que no sean sancionatorias, como por ejemplo la anulación del acto, si fuere el caso, o declarar la reparación del daño, etc). En suma, no existe manera de soslayar la reserva legal en materia de sanciones, salvo, desde luego, que se admita la tesis de su supresión en el seno de las relaciones de supremacía especial.

d) La garantía de la reserva legal resulta infringida cuando la norma de rango legal contiene una remisión al reglamento para que tipifique *ex novo* infracciones, como por ejemplo, cuando una disposición preceptúa: "En el reglamento de esta ley se establecerán las conductas infractoras", o cuando sencillamente remite a infracciones contempladas en reglamentos preexistentes, en virtud de que en esas hipótesis lo que se produce es una verdadera deslegalización, figura que de suyo, por lo menos en Venezuela, atenta o lesiona la garantía de la reserva legal, porque de esa forma una materia que ha sido reservada al legislador, pasa sin más, a ser regulada por la Administración. De allí que toda norma legal que mediante la remisión deje en manos del reglamentista la tipificación de las infracciones, colide con el artículo 49, numeral 6, de la Constitución.

Por considerar que todas las reflexiones anteriores pueden encontrarse reflejadas en el artículo 129 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pasamos a transcribirlo para poner punto final a las mismas, y sobre todo para que se pueda examinar la orientación que sigue en esta materia un ordenamiento como el español, que tanta influencia ejerce actualmente sobre el nuestro:

Art. 129. "*Principio de tipicidad*. "1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico **previstas como tales infracciones por una Ley**.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

2. Unicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones **que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley**.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites **de las que la Ley contempla**, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes...".

2.3.2.7. **Otros principios básicos asociados al principio de legalidad sancionatorio**.

2.3.2.7.1. **El principio de culpabilidad**.

2.3.2.7.1.1. **Premisa introductoria**. Debemos advertir que en los acápites anteriores hemos examinado las garantías constitucionales implicadas en el principio de legalidad sancionatorio, lo que en principio bastaría para considerar terminado el análisis que nos propusimos; no obstante, la doctrina suele asociar a dicho principio fundamental, otros principios que lucen como corolarios del mismo, y que también constituyen verdaderas garantías para los ciudadanos, los cuales en estricta puridad pudieran en algunos ordenamientos no figurar en el precepto constitucional que consagra dicho principio, o bien figurar en otros preceptos, e inclusive cabe advertir desde la perspectiva didáctica en la presente monografía, tal vez podrían estar mejor ubicados en el capítulo de las sanciones o en el del procedimiento.

Sin embargo, en nuestro criterio, aparte de la tendencia doctrinaria antes aludida, resulta útil realizar su examen en estrecha vinculación con el principio de legalidad sancionatorio, porque como hemos afirmado antes, la aplicación de éste torna operacional las señaladas garantías frente al inmenso poder –en el caso que nos ocupa– sancionatorio de la Administración Pública, y los referidos principios están dirigidos básicamente a reforzar todo el mecanismo garantista que se desencadena o debe desencadenarse a partir de la aplicación del mencionado principio; de allí entonces la razón de realizar su examen en este acápite.

2.3.2.7.1.2. **El planteamiento sobre la culpabilidad en el ámbito de la potestad sancionatoria de la Administración Pública**. Cabe recordar que durante mucho tiempo la Administración debido a la inexistencia de una norma constitucional que le atribuyese la potestad sancionatoria, procedió a ejercerla bien de facto, o sustentada en instrumentos normativos legales o sublegales, obviamente sin fundamentación constitucional, lo que quizás

haya sido determinante en la formulación e imposición de la tesis relativa a que la responsabilidad derivada de cometer infracciones administrativas, tenía un carácter objetivo, razón por la cual bastaba simplemente que la persona desarrollase una conducta que encuadrase en una norma que tipificase un ilícito administrativo, para sin atender para nada el elemento voluntariedad, traducido en dolo o culpa, indispensable en el juicio de reprochabilidad propio del Derecho penal, para que se desencadenase la potestad sancionatoria del órgano administrativo competente.

En otras palabras, el procedimiento estaba destinado a establecer la responsabilidad del investigado, sobre la base de la vinculación de dos variables: la autoría de la conducta supuestamente ilícita, y su encuadramiento en la norma que tipificaba la infracción, dejando de lado la conciencia o voluntariedad del autor, expresada en la modalidad de dolo, culpa o negligencia grave, es decir, la culpabilidad, en razón de que esta variable resultaba irrelevante en el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración Pública. Tampoco se examinaba si el autor era imputable o no, ya que si la responsabilidad era objetiva, resultaba innecesario entrar a determinar esa condición en el sujeto infractor, la cual, por supuesto, se encuentra estrechamente vinculada a la culpabilidad, dado que si se predica la existencia de causales de inimputabilidad, éstas lógicamente deben excluir la culpabilidad del autor de una infracción administrativa.

Pues bien, durante mucho tiempo, inclusive después de entrada la segunda mitad del siglo XX, esa fue la tesis que privó en la mayoría de los países occidentales, al punto que, según afirma NIETO (1994) el gran jurista francés H. Hauriou la expresaba emblemáticamente con la siguiente frase: “Un loco puede ser multado”. En Europa a comienzos de la década de los setenta del mencionado siglo esa tesis comienza a ser superada, y en poco tiempo se impone la contraria, esto es, la necesidad de demostrar la culpabilidad del investigado como condición indispensable para que la Administración pueda sancionarlo. En Venezuela, es apenas en 1990, cuando la extinta Corte Suprema de Justicia, asoma en forma indirecta, a la culpabilidad del autor de una infracción, como elemento indispensable para poder sancionarlo válidamente.

En efecto, en la sentencia dictada el 9 de agosto de 1990 en la oportunidad de pronunciarse la extinta Corte Suprema de Justicia, en Pleno, sobre la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra varios artículos de la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo, en torno al punto bajo examen declaró:

"Por ello carecerían de fundamento constitucional las leyes administrativas que dediquen un Capítulo de su normativa a regular las disposiciones penales o las sanciones o penas, sin que se refieran, precisamente, a conductas dolosas o culposas (que califican el carácter penal de la infracción), sino al incumplimiento en general de los deberes jurídicos del administrado frente a la Administración".

La lectura del párrafo transcrito revela que la extinta Corte maneja en esa sentencia de manera indirecta el elemento de la culpabilidad, en virtud de que lo refiere a la técnica de legislar en materia sancionatoria administrativa, al exigir que el dolo o la culpa estén señalados en las normas que tipifiquen infracciones, pero en cambio no alude a la culpabilidad como condición necesaria de punibilidad en el ámbito administrativo, esto es, la necesidad de que la Administración demuestre la voluntariedad del autor de la infracción, expresada mediante dolo o culpa, para quedar legitimada a los efectos de imponer la correspondiente sanción.

Cabe reconocer que esa referencia tenía que ser indirecta, porque no podía ser de otra manera, ya que la Corte estaba juzgando en esa oportunidad la constitucionalidad de una Ley, y no un acto de imposición de una sanción que hubiese sido dictado por el órgano administrativo competente, sobre la base de la determinación del autor de la conducta ilícita y de su encuadramiento en la norma tipificante, lo que desde luego le hubiera permitido, en el caso de que hubiese detentado la competencia, pronunciarse directamente sobre la culpabilidad. Sin embargo, esa sentencia tiene el mérito de haber marcado el punto de partida de la consagración de la culpabilidad como condición de punibilidad en el ámbito administrativo, pese a que conviene reconocer no encontró un mayor desarrollo ni doctrinario ni jurisprudencial en la década que transcurrió entre el indicado año y 1999.

2.3.2.7.1.3. **El fundamento constitucional del principio de culpabilidad**. A pesar de que tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen señalar que este es un principio asociado al principio de legalidad sancionatorio, cuando se intenta inferir del precepto constitucional que lo consagra, que en el caso venezolano, sería el artículo 49, numeral 6, que es más o menos el modelo seguido en todos los ordenamientos, pues no debe olvidarse que responde al *nullum crimen, nulla poena sine lege*, surgen dificultades, debido a que, en estricto rigor, los argumentos que se esgrimen en tal sentido no resultan convincentes, pues del tenor de dicho precepto no es posible inferir, ni siquiera implícitamente, dicha fundamentación. Por esa

razón algunos autores suelen vincularlo al principio de la presunción de inocencia, que como se sabe está recogido expresamente en la Constitución de 1999, e implica la exigencia de las pruebas de participación, a título de dolo o culpa, en los hechos. Inclusive en una sentencia del Tribunal Constitucional español fue vinculado a la exigencia del respeto a la persona humana (art. 10 C.E).

Esas dificultades para conectar el principio de culpabilidad con algún precepto constitucional que le sirva de ancla, no están presentes en Venezuela a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, las cuales antes de esa fecha ni siquiera podían plantearse, por la inexistencia de una norma constitucional que sirviera de fundamento a la potestad sancionatoria de la Administración. Pues bien, en razón de la metodología utilizada por el mencionado texto constitucional para recoger en un solo artículo, y bajo una nueva concepción distintos derechos que aparecían contenidos en varias disposiciones de la Constitución de 1961, el derecho **al debido proceso**, y de que dicho precepto especifica en el encabezamiento (artículo 49), que el mencionado derecho debe aplicarse a **todas las actuaciones judiciales y administrativas**, el problema bajo examen se simplifica, debido a que ese esquema constitucional establece, en su numeral 1, claramente que: "...Toda persona declarada **culpable** tiene derecho a recurrir del fallo", y en su numeral 5 prescribe: "Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse **culpable**..."

La armonización de esos dispositivos revela, en primer lugar, que la culpabilidad juega un papel revelante en el derecho a recurrir en materia sancionatoria, pues el ejercicio de ese derecho está en función de que una persona haya sido declarada culpable, motivo por el cual debe reputarse como una exigencia constitucional la demostración de la culpabilidad del investigado para que la Administración pueda imponer la correspondiente sanción; en segundo lugar, la prohibición de la obligación de declararse culpable, encuentra su base de sustentación en el hecho de que para que una persona pueda ser sancionada, debe previamente ser encontrada culpable, y en tercer lugar, esta garantía relativa a la exigencia de la culpabilidad, por obra del encabezamiento del artículo 49, es válida en todo el ámbito sancionador, esto es, tanto en el penal, como en el administrativo.

De los razonamientos anteriores surge la conclusión relativa a que en Venezuela el principio de culpabilidad en materia sancionatoria administrativa, pese a que doctrinariamente pueda aparecer asociado al principio

de legalidad sancionatorio, en realidad su fundamentación reposa en el artículo 49, encabezamiento y numerales 1 y 5 de la Constitución, pasando a ser una garantía enmarcada en el derecho al debido proceso.

Esta tesis correcta, en nuestro criterio, resulta de mucha importancia porque no se trata de una postura doctrinaria o jurisprudencial, sin fundamento normativo expreso, como ocurre en España, que perfectamente puede llegar a variar (cambio de jurisprudencia), sino de un imperativo constitucional, que si bien puede ser desarrollado por el legislador, en cambio, tiene una interdicción para menoscabarlo o suprimido. Tampoco puede ser afectado en ese sentido por los tribunales. Sin embargo, conviene subrayar que la ausencia de ese desarrollo en las leyes sancionatorias administrativas, de ninguna manera torna nugatoria la exigencia de esta garantía en el proceso sancionatorio, pues como bien lo ha afirmado el Tribunal Constitucional español, en una sentencia cuyo razonamiento compartimos plenamente: "Requisito indispensable para que una conducta pueda ser castigada tanto en la esfera penal como en la administrativa, en cuanto ambos son expresiones de la potestad sancionadora del Estado, es que tal conducta sea culpable, es decir, atribuible al sujeto a titulo de dolo o culpa, sin intervención de circunstancias que eliminen tal culpabilidad".

Queremos enfatizar acerca de la fundamentación constitucional del principio bajo examen, que de suyo implica en el contexto sancionatorio la proscripción de la responsabilidad administrativa objetiva o por resultado, y la plena vigencia de la responsabilidad subjetiva, porque al parecer algún autor venezolano, ha visto en la ausencia de normas en algunas leyes administrativas, que regulen la exigencia de culpabilidad como condición necesaria de punibilidad, el presupuesto para preconizar la tesis de que basta que la persona desarrolle una conducta que encuadre en un tipo legal, para ser sancionado (responsabilidad objetiva). Esa es la tesis que ha sido formulada con relación a los supuestos de responsabilidad administrativa contenidos básicamente en el artículo 91 de la LOCGRSNCF de 2001.

En ese sentido afirma ROJAS (2004): "No obstante, hoy en día a raíz de la entrada en vigencia de la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, se volvió al sistema previsto en la Ley de 1984, y en consecuencia, la responsabilidad adquiere nuevamente su naturaleza objetiva, donde no se tomará en cuenta la intención, salvo que el tipo así lo exija, del sujeto infractor para hacerlo acreedor de este tipo de responsabilidad, pues, basta con que éste adecue su conducta a alguno de los supuestos de

hecho previstos en ese texto legal convertirse (sic) en sujeto pasible de responsabilidad administrativa".

Más grave resulta aún, que la Contraloría General de la República en reciente decisión, de fecha 26 de octubre al poner fin a un procedimiento de responsabilidad administrativa, haya acogido la tesis de la responsabilidad objetiva o por resultado, al declarar "igualmente se desprende de la norma *ut supra* (artículo 91, numeral 9, relativa a la omisión del control previo), que la esencia que fundamenta este supuesto generador de la responsabilidad, radica en la no realización de la conducta prescrita (someter al control), sin que para ello sea necesario entrar a valorar las razones de hecho que pudieron influir en el funcionario al momento de eludir su obligación, basamento éste que evidencia la objetividad de la norma para evaluar tal situación. Por consiguiente, para que se configure el supuesto de responsabilidad administrativa bajo estudio, se requiere que sea verificada la omisión al control previo al compromiso y al pago, de manera que esas operaciones sean ejecutadas al margen de las disposiciones contenidas en la Ley, tal como se manifestó en líneas anteriores".

Insistimos en que si esa tesis anclada en la ausencia en el tipo o en la normativa de la exigencia de la culpabilidad, pudo tener sustento antes de 1999, debido a la carencia de fundamentación constitucional de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, actualmente debe desestimarse de plano, por ser contraria al artículo 49, numerales 1 y 5, de la Constitución, consagratorio del derecho al debido proceso., razón por la cual no queda mas que lamentar esa posición retrógrada y ostensiblemente inconstitucional asumida por la Contraloría General de la República, que estamos seguros será prontamente rechazada por los órganos jurisdicciones.

Por lo tanto, aun a sabiendas del tenor de la referida decisión, insistimos en que todo aquel funcionario administrativo que inicie un procedimiento sancionatorio deberá tener muy en cuenta que, independientemente de que la normativa que le corresponda aplicar contenga o no la exigencia de que la conducta sea culpable para que proceda su sanción, de todas maneras en el curso de ese procedimiento está obligado a probar esa culpabilidad.

2.3.2.7.1.4. **Algunos ejemplos en la legislación venezolana**. Reiteramos que la mayoría de las leyes administrativas contentivas de normativas sancionatorias, carecen de un dispositivo que erija a la culpabilidad en requisito indispensable para poder sancionar a los ciudadanos, y la cuestión

se agrava por la inexistencia de un procedimiento sancionatorio común, en el cual podría corregirse de manera general esa omisión. Sin embargo, el Código Orgánico Tributario (COT) de 2001, constituye un buen ejemplo para el examen del asunto, porque quizás es uno de los pocos instrumentos normativos, sino el único, que define en términos generales a los ilícitos o infracciones administrativos. En efecto, en su artículo 80 dispone:

"**Constituye ilícito tributario toda acción u omisión violatoria de las normas tributarias...**". Por supuesto que una lectura de este dispositivo sin concordarlo con otros de ese mismo texto legal, pero sobre todo con el artículo 49, encabezamiento y numerales 1 y 5 de la Constitución, puede inducir a creer erróneamente que el Código pretende establecer un sistema de responsabilidad objetiva en materia de potestad sancionatoria tributaria, debido a que no condiciona el ejercicio de la misma a que la conducta implicada en la acción u omisión sea dolosa o culposa. Al respecto, conviene traer a colación la experiencia española, cuando se modificó la Ley General Tributaria en 1985, y se introdujo una disposición que define a las infracciones tributarias como las acciones u omisiones tipificadas y sancionadas en las leyes. En esa oportunidad dicha disposición junto con otras, fue impugnada, por considerar que consagraba la responsabilidad objetiva.

A pesar de que el recurso fue rechazado por el Tribunal Constitucional, mediante una sentencia interpretativa de fecha 26 de abril de 1990, en uno de sus fundamentos sentó una clarísima doctrina sobre la exigencia de la culpabilidad en la esfera sancionatoria administrativa, que consideramos conveniente transcribir parcialmente:

"...en la LGT se ha excluido cualquiera adjetivación de las acciones u omisiones constitutivas de infracción tributaria. Pero ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, tal resultado sería inadmisible en nuestro ordenamiento" (...) sigue rigiendo el principio de la culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente".

Esa sentencia del Tribunal Constitucional del año 1990, puso fin en España a cualquier discusión sobre la posibilidad de predicar el sistema de

responsabilidad sin culpa en el ámbito del Derecho Administrativo sancionatorio, con la particularidad de que en la Constitución española no existe ningún precepto que consagre el principio de culpabilidad, como sí aparece consagrado expresamente en el artículo 49, encabezamiento, y numerales 1 y 5, de la venezolana, motivo por el cual consideramos que la motivación transcrita del fallo, resulta válida en nuestro país, tanto más si se tiene en cuenta lo dispuesto en los citados numerales del señalado precepto constitucional.

Por otro lado, cuando se armoniza el aludido artículo 80 del Código Orgánico Tributario con otros dispositivos de ese mismo instrumento normativo, se llega a la misma conclusión, o mejor se refuerza dicha conclusión. Así por ejemplo, el artículo 84 prescribe que la responsabilidad por ilícitos tributarios es personal, salvo las excepciones contempladas en el mismo Código, enumeradas en el artículo 85 *ejusdem*, a saber: a) no haber cumplido dieciocho años; b) la incapacidad mental debidamente comprobada; c) el caso fortuito o la fuerza mayor; d) el error de hecho y de derecho excusable; e) la obediencia legítima y debida; y, f) cualquier otra circunstancia prevista en las leyes y aplicables a los ilícitos tributarios.

De modo, pues, que las normas citadas recogen el principio de la responsabilidad personal en la materia bajo examen, así como el principio de la imputabilidad, los cuales constituyen, junto con la culpabilidad, las bases que permiten erigir el sistema de la responsabilidad subjetiva antes descrito, del cual la culpabilidad es el eje sobre el que se articulan los demás, en virtud de que el principio de la responsabilidad personal implica que nadie puede ser responsable por un hecho cometido por otra persona, pero en sentido positivo implica en el ámbito sancionatorio que la persona autora sea la causante de la conducta tipificada como infracción, o dicho en otros términos, que sólo puede ser responsable de una acción u omisión calificada de ilícita, quien la comete. El principio de imputabilidad implica que solamente puede ser sancionado aquel que comete la infracción, siempre y cuando reúna la condición de imputable de conformidad con la Ley, pudiendo ser exceptuado de la sanción, si resulta inimputable, es decir, si puede excepcionarse conforme al artículo 84 del Código Orgánico Tributario.

Esos dos principios, como afirmamos antes, cobran virtualidad si la conducta que se sanciona es calificada de culpable, o sea, atribuible al autor bajo la modalidad de dolo o culpa, pero aun siendo el sujeto el autor de la infracción tributaria a título de dolo o culpa, puede resultar inimputable conforme al citado esquema normativo; de allí entonces que en el COT, pese

a la redacción del artículo que define las infracciones tributarias, está consagrado claramente el principio de culpabilidad, o mejor el sistema de responsabilidad subjetiva en materia sancionatoria, en el cual la culpabilidad juega el papel central, pues sólo en torno a ella adquieren relevancia o virtualidad jurídica los artículos 84 y 85 que consagran de manera indirecta los antes mencionados principios.

Hemos revisado varias leyes administrativas, caracterizadas por contener capítulos enteros dedicados a regular la potestad sancionatoria administrativa, entre otras, la de Protección al Consumidor y al Usuario, la del Estatuto de la Función Pública, la Orgánica de la Contraloría General de la República, la Orgánica de Telecomunicaciones y la Orgánica del Poder Ciudadano, todas ellas caracterizadas por la inexistencia de una disposición expresa que aluda al principio de culpabilidad, con el agravante de que igualmente todas ellas tienden a definir la infracción correspondiente en términos genéricos como la acción u omisión contraria a una disposición legal. En ese sentido baste con señalar, por ejemplo, que el artículo 79 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en lo tocante a las infracciones administrativas pauta que los funcionarios públicos responderán "...administrativa y disciplinariamente por ...hechos ilícitos e irregularidades administrativas cometidas en el ejercicio de sus funciones".

Por supuesto que si un operador jurídico desprevenido se conforma con ese texto, seguramente concluirá en que no es necesaria la culpabilidad para sancionar al funcionario, pues bastará solamente que se compruebe que el empleado cometió la infracción. Sin embargo, reiteramos, en primer lugar, que una vez consagrada la exigencia de la culpabilidad como un atributo del derecho al debido proceso, el legislador sólo puede desarrollar el precepto constitucional, en el sentido de puntualizar la aplicación del principio de culpabilidad en el ámbito sancionatorio, regulando por ejemplo las excepciones a la imputabilidad, para lo cual deberá entender que también esta materia admite matizaciones de los principios propios del Derecho penal.

En segundo lugar, que el operador jurídico no debe limitarse a examinar la norma que de manera general prescribe que toda acción u omisión tipificada como infracción será sancionada administrativamente, sino que debe analizar integralmente el texto legislativo, pudiendo inferir de otras normas el principio de culpabilidad, como por ejemplo, aquellas que establecen excepciones a la responsabilidad (causas de inimputabilidad), pues es obvio que dichas excepciones entran en juego cuando se comprueba que la persona es la autora de la

infracción a título de dolo o de culpa. Inclusive, la exigencia puede estar implícita en la norma tipificante, verbigracia como ocurre con los artículos que tipifican y sancionan a la **publicidad falsa o engañosa**, en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, pues todo indica que esa conducta sólo la pueden desarrollar los comerciantes con dolo o culpa.

En fin, lo que debe quedar claro es que el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración Pública, exige que la conducta sancionada sea calificada como culpable, bajo la modalidad de dolo o de culpa, porque así lo impone incuestionablemente el artículo 49, numerales 1 y 5 de la Constitución, razón por la cual si este mismo principio es posible inferirlo de la ley que se aplica, estará la Administración frente a un desarrollo del mencionado precepto constitucional, pero no variará en nada ese deber, en el caso de que ni de manera directa ni indirecta dicho principio encuentre respaldo en la indicada ley. Esta debe ser la conducta inexcusable de la Administración, so pena de violar la Constitución, y exponerse al ejercicio de la correspondiente acción de amparo.

Por lo demás esta tesis fue recogida de manera indirecta, porque tal vez todavía no le ha tocado abordar un asunto tan importante como éste "in extenso", en el fallo dictado por la Sala Constitucional el 7 de agosto de 2001, al pronunciarse sobre una acción de amparo, en la cual se denunciaba como infringido el derecho a la presunción de inocencia. En dicho fallo declaró:

"Al respecto conviene realizar un análisis del asunto desde la perspectiva del Tribunal Constitucional español, quien (sic) en decisiones 76/ 1990 y 138/1990, ha sostenido que: '...es doctrina reiterada de este Tribunal que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento administrativo sancionador para garantizar el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un **juicio razonable de culpabilidad**".

En ese mismo fallo citando a NIETO, quien a su vez transcribe una sentencia del Tribunal Constitucional español, la Sala hace suya la siguiente doctrina, también vinculada a la presunción de inocencia:

"La presunción de inocencia implica además una regla de tratamiento de imputado –en el proceso penal– o del sometido a procedimiento sancionador (...) **que proscribe que pueda ser tenido por culpable en tanto su culpabilidad no haya sido declarada**".

Es cierto que de los textos transcritos se evidencia el carácter incidental de la referencia al principio de culpabilidad, pues aparece insertado en sendos argumentos del Tribunal Constitucional español atinentes básicamente a la presunción de inocencia, pero como este último derecho está tan íntimamente vinculado a la culpabilidad, el Tribunal refuerza el fundamento de su decisión con su correlación con la culpabilidad; no obstante, tal invocación, aunque telegráfica, revela toda la connotación conceptual implicada en el sistema de responsabilidad subjetiva en la esfera sancionatoria administrativa, la cual sin dudas hace suya la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Por consiguiente, sin que la jurisprudencia nacional haya desarrollado verdaderamente el principio bajo examen, desarrollo que muy probablemente estará orientado en el sentido que le da la transcrita sentencia extranjera, debemos conformarnos con este préstamo que en la materia nos hace el Tribunal Constitucional español, y desear que próximamente la Sala Constitucional perfile conceptualmente el asunto.

En suma, resulta concluyente que en Venezuela el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa requiere como requisito esencial la exigencia de la culpabilidad del autor de la infracción, razón por la cual en ese contexto se configura un sistema de responsabilidad subjetiva, y se excluye totalmente el sistema de responsabilidad objetiva o por resultado. Sin embargo, cabe señalar que a partir de esta conclusión resulta urgente que tanto la doctrina como la jurisprudencia delimiten cómo, cuándo y cuánto opera el principio de culpabilidad en el ámbito administrativo, pero sobre todo esas son interrogantes que deben ser respondidas por el legislador al dictar una ley que regule el procedimiento sancionatorio.

Por lo pronto estimamos que el modelo contenido en el Código Orgánico Tributario debería aplicarse en todo proceso sancionatorio administrativo, con las correspondientes modulaciones atendiendo a la materia regulada. Así, por ejemplo, no luce desacertado postular que las eximentes de la responsabilidad por ilícitos tributarios enumeradas en el artículo 85 del COT, deben valer en todo procedimiento sancionatorio iniciado por la Administración. Por supuesto, que en ausencia de normas como la indicada, deberá proceder hasta tanto se dicten las normas administrativas, la aplicación matizada de las normas del Código Penal que regulan la culpabilidad.

2.3.2.7.2. **La solidaridad**.

2.3.2.7.2.1. **Planteamiento general**. Esta figura resulta bastante polémica en el marco de la potestad administrativa sancionatoria, dado que existen algunos ordenamientos que la contemplan, pese a la vigencia del principio de la responsabilidad personal, y por ende, de la culpabilidad. En efecto, pareciera que la solidaridad contradice el referido principio, en virtud de que ella únicamente puede operar en los casos de autoría múltiple de la infracción. En ese orden de ideas cabe advertir que la solidaridad se configura cuando varias personas concurren a cometer la infracción, o sin concurrir materialmente, la ley considera perfeccionada la concurrencia, como por ejemplo, en este último caso, cuando en materia urbanística la ley dispone que responden solidariamente ante una infracción cometida en la construcción de una urbanización o de un edificio, el promotor y el constructor.

Lo cierto es que en ambas hipótesis todas las personas que concurren a cometer la infracción son pasibles de la sanción establecida para dicha infracción, razón por la cual son solidariamente responsables de la infracción cometida, y en consecuencia todas también están solidariamente obligadas a cumplir la sanción. Por tanto, sea que cada uno de los transgresores la satisfaga por parte, sea que uno de ellos la satisfaga por entero, debe reputarse que la pena ha sido pagada, pues se trata de sanciones de carácter pecuniario, e igualmente debe reputarse que todos los transgresores quedan liberados de la sanción.

2.3.2.7.2.2. **Las tesis contrapuestas sobre la solidaridad**. Demás está decir que la cuestión no resulta nada pacífica, en virtud de que existen tesis contrapuestas en torno a la procedencia de la solidaridad en la esfera del Derecho Administrativo sancionador. Así, por ejemplo, en España el Tribunal Supremo, ante una norma reglamentaria que establecía la solidaridad entre el dueño de un establecimiento comercial que explotaba una máquina de juego, que no cumplía con los requisitos reglamentarios, y la empresa arrendadora de la máquina, declaró que la mentada disposición colidía con el artículo 25.1 de la Constitución, que consagra el principio de legalidad sancionatorio, no sólo por carecer de cobertura legal, sino también porque "la responsabilidad solidaria contraviene el principio de responsabilidad personal sobre el cual se asienta el sistema punitivo e impide la efectividad de un principio fundamental del orden sancionador, cual es el de proporcionalidad al no ser susceptible la sanción impuesta solidariamente de graduación o moderación atendiendo a las circunstancias

personales e individuales de cada uno de los infractores" (sentencia del 9 de julio de 1994).

En cambio, el Tribunal Constitucional de ese mismo país es partidario de la tesis contraria, y así lo declaró en términos por demás categóricos en la sentencia del 26 de abril de 1990, que transcribimos parcialmente:

"...no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal, que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales.

(...) Ha de señalarse que el precepto no consagra una responsabilidad objetiva sino que la responsabilidad solidaria allí prevista se mueve en el marco establecido con carácter general para los hechos ilícitos tributarios por el artículo 77.1 que gira en torno al **principio de la culpabilidad**. Una interpretación sistemática de ambos preceptos permite concluir que también en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve...".

Las sentencias transcritas recogen en forma sencilla, pero contundente, las tesis antagónicas sobre la figura de la solidaridad en las infracciones administrativas, por supuesto que corresponderá a la doctrina, a la jurisprudencia, pero sobre todo al Derecho positivo de cada país, optar por una de ellas. La opción no resulta nada sencilla, por ejemplo, en Venezuela, sí se tiene en cuenta la consagración del principio de legalidad sancionatorio, y no penal, como ocurría en la Constitución de 1961.

Al respecto observamos que todo el sistema punitivo, penal y administrativo, está montado constitucionalmente sobre el mencionado principio, pero a su vez la construcción de ese sistema encuentra uno de sus soportes fundamentales en el principio de responsabilidad personal, que al mismo tiempo, como expresamos antes, sólo tiene aplicación y explicación en la determinación de la culpa (culpa o dolo) del transgresor o infractor. Y ese soporte es uno y único para todo el sistema, de modo que luce arbitrario intentar escindirlo, como hace el Tribunal Constitucional español, basándose exclusivamente en la naturaleza de la sanción, máxime si se postula la existencia de un *ius puniendi* estatal único.

El solo hecho de que la sanción sea pecuniaria, que desde el punto de vista fáctico facilita su pago único o prorrateado por uno o varios de los infractores, no puede constituir un argumento sólido desde el punto de vista jurídico para destruir, únicamente en el caso de las infracciones administrativas, el principio de la responsabilidad personal. Y es que dicho argumento, si bien pudiera sustentarse en esa elemental razón práctica, no resiste un análisis desde el punto vista conceptual y lógico, pues es bien sabido que en materia jurídica las razones prácticas pueden llegar a tener relevancia, siempre y cuando encuentren una fundamentación doctrinaria, por supuesto, no construida "a la medida". Pero compartimos el criterio de PARADA (1998), acerca de que la tesis contenida en la sentencia resulta incongruente, porque también las faltas en el ámbito penal son sancionadas con multas, y en esa hipótesis sí se excluye la solidaridad y se mantiene incólume el principio de la responsabilidad personal en materia sancionatoria.

Por otro lado, si bien la sentencia del TCE deja claro que no debe confundirse la solidaridad con la responsabilidad objetiva, en virtud de que resulta una condición *sine qua non* para que se configure la primera, que los infractores hayan actuado con dolo o culpa, precisión que consideramos más que necesaria en el marco de una tesis como esa, pues de no haberla realizado podría pensarse que en casos de infracciones de autoría múltiple entraba a regir la responsabilidad objetiva. Sin embargo, con ella no se resuelve la objeción contenida en la sentencia del Tribunal Supremo español, para rechazar la tesis de la solidaridad, relativa a la imposibilidad de aplicar el debido principio de proporcionalidad al imponer la sanción, ya que ésta no se podrá moderar o graduar atendiendo a las circunstancias personales e individuales de cada uno de los infractores.

2.3.2.7.2.3. **La solidaridad en el ordenamiento jurídico venezolano**. A la luz de todos los razonamientos anteriores, pensamos que en Venezuela, donde rige indudablemente el principio de legalidad sancionatorio, conceptuado como soporte fundamental del sistema punitivo, está implícito el principio de responsabilidad personal, el cual no resulta susceptible de ser escindido atendiendo a las dos manifestaciones del poder punitivo único del Estado, y por el contrario, debe encontrar en toda actuación administrativa o judicial una aplicación *in totum*. Conforme a esta postura no resulta admisible la figura de la solidaridad en las sanciones administrativas, y en consecuencia, cualquier ley que la establezca resultará incompatible con el artículo 49, numeral 6, de la Constitución.

Esa es la orientación que se infiere del examen en forma muestral del Derecho positivo. En efecto, de un conjunto de leyes administrativas contentivas de normas sancionatorias, pudimos evidenciar que todas ellas respetan el principio de la responsabilidad personal, puesto que ni expresa ni implícitamente establecen la figura de la solidaridad. Sin embargo, el Código Orgánico Tributario, que como hemos afirmado, contiene una normativa sancionatoria moderna y muy bien estructurada, trae una previsión que puede generar confusión, en virtud de que contempla la referida figura, al pautar en su artículo 92: "Los autores, coautores y partícipes responden solidariamente por las costas procesales".

Pero en nuestro criterio, la norma transcrita no regula una hipótesis de solidaridad en materia sancionatoria tributaria, sino más bien de responsabilidad civil, porque ella establece una obligación de los autores, coautores y cómplices, constituida por el monto de los gastos procesales realizados por la parte vencedora en un juicio, que en este caso sería la Administración Tributaria. Ciertamente la obligación tiene su origen en la infracción tributaria, pero resulta totalmente distinta a la sanción que apareja el Código a dicha infracción.

Mas aún, conviene destacar que el referido Código ciertamente configura una responsabilidad solidaria entre autores, coautores y partícipes en el pago de las costas procesales, pero por el contrario, en ninguna de sus disposiciones prevé la solidaridad por haber cometido infracciones tributarias, y esa intención de la ley (Código) queda por lo demás evidenciada en los artículos 86, 87 y 88 que contemplan las figuras de los coautores, instigadores y cómplices, a los fines de la graduación de la sanción que corresponde imponerle a cada uno de ellos, pues si verdaderamente la intención hubiese sido establecer la solidaridad, los referidos esquemas normativos no tendrían ninguna razón de ser, porque habría bastado repetir la norma contenida en el artículo 92, que alude a las costas procesales, cambiando solamente esta expresión por infracciones.

En conclusión, estimamos que a luz de la Constitución de 1999, debe encontrar aplicación *in totum* el principio de responsabilidad personal en materia punitiva, implícito en el principio de legalidad sancionatorio contenido en el artículo 49, num. 6, constitucional. Por consiguiente, cualquier tesis que abogue por la aplicación de la solidaridad en las infracciones administrativas debe ser soslayada, como por lo demás ocurre en todas las leyes administrativas que hemos revisado, y en el supuesto, en nuestro criterio

negado, de que llegase a prosperar una postura de ese tenor, debe quedar claro que de ninguna manera ella implica exención de culpabilidad, y por consiguiente, responsabilidad objetiva en materia sancionatoria administrativa. A pesar de la anterior conclusión, es posible que los lectores encuentren en leyes preconstitucionales disposiciones que establezcan la solidaridad, tal como la contenida en el artículo 45 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia que preceptúa: "Los autores, coautores, cómplices, encubridores e instigadores de hechos violatorios previstos en esta Ley **responderán solidariamente** por las infracciones en que incurrieren"; por tanto, corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia pronunciarse sobre su compatibilidad con la Constitución de 1999. Desde luego, que nuestra posición ha quedado claramente expresada anteriormente.

2.3.2.7.3. **La culpabilidad y las personas jurídicas**.

2.3.2.7.3.1. **Planteamiento general**. Hemos afirmado que ninguna persona puede ser sancionada si su conducta infractora no lo es a título de dolo o culpa, pues bien, este principio de antigua data, ya conocido en el mismo Derecho romano *societas delinquere non potest*, de aplicación inexcusable en la esfera del Derecho penal, sufre un quiebre en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, pues desde hace bastante tiempo se admite generalmente que las personas jurídicas son susceptibles de ser sujetos pasivos de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, ya que así consta en la mayoría de los ordenamientos, pese a ser entidades inmateriales, que por razones obvias, carecen de "*animus*" o voluntariedad, y por consiguiente, desde el punto de vista lógico no resultaría posible imputarle infracciones.

Se ha esbozado una tesis que coloca el fundamento de ese quiebre en la naturaleza de la ficción jurídica que origina a las personas jurídicas. En ese orden de ideas cabe resaltar que el Tribunal Constitucional español se adhiere a esa postura en la sentencia dictada el 19 de diciembre de 1991, al declarar "...la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción, y por ende, reprochabilidad directa, que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz".

Por supuesto, que como afirma PARADA (1998) en esa postura late bajo la idea de la "protección eficaz del bien protegido", un elemento pragmático constituido por la mayor capacidad económica de la persona jurídica para responder a las sanciones, que los empleados que expresan su voluntad por ella. Sin embargo, precisamente es ese elemento el que ha suscitado mayores problemas, pues según la misma sentencia transcrita en el párrafo anterior, cuando una persona jurídica comete una infracción administrativa, ello no implica la supresión del elemento subjetivo de la culpa, sino "que ese principio se ha de aplicar de forma distinta respecto a como se hace respecto de las personas físicas".

Y pese a que la referida sentencia se encarga de realizar esa distinción en materia de imputabilidad, al vincularla a la naturaleza de la ficción jurídica a que responden las personas jurídicas, algunos autores sostienen que si precisamente debido a esa naturaleza ellas actúan mediante órganos, cuyos titulares son personas físicas, generalmente los administradores, cuando se trata de sociedades, quienes son al fin y al cabo los autores materiales de las infracciones que se le imputan a las personas jurídicas, deberían ser ellos los sujetos sancionables, y no las personas jurídicas, lo que obviaría la especie de responsabilidad objetiva desde la perspectiva formal –quiérase o no– a que conduce en la práctica la conversión *ope legis* de los entes inmateriales en sujetos susceptibles de sufrir la potestad sancionatoria de la Administración.

Debemos aclarar en este acápite que hablamos de "responsabilidad objetiva formal" desde el punto de vista didáctico, porque siempre que la Administración abre un procedimiento sancionatorio a una empresa, debe probar que los titulares de sus órganos cometieron una infracción, a título de dolo o culpa. La indicada "formalidad" radica en la imputación de una infracción y la imposición de una sanción, a una entidad inmaterial, que por supuesto como tal, carece de voluntariedad. Y, en estricto rigor lógico, si alguien carece de voluntariedad, sencillamente no se le puede imputar una conducta, ni tampoco sancionarla; de allí la "formalidad" aludida.

En ese orden de razonamiento puede ilustrar en torno a la cuestión relativa a quién debe imputársele la infracción: si a la empresa o al trabajador, la situación que se planteó en España con ocasión de la entrada en vigencia de un Decreto ley en 1979, que obligaba a los bancos a instalar y mantener en funcionamiento ciertas medidas de seguridad para evitar robos y atracos. Ocurrió que en muchos casos ni se instalaban las medidas,

y si se instalaban, los empleados a quienes correspondía utilizarlas no lo hacían. Frente a esos incumplimientos se desencadenaba el efecto sancionatorio, consistente en penas pecuniarias. Pues bien, la discusión que se suscitó, como es posible imaginarse, estuvo centrada en la determinación de la responsabilidad, es decir, si debía imputarse a los empleados de los bancos que no utilizaban los sistemas, o a las empresas bancarias que efectivamente los instalaban.

Señala NIETO (1994) que los Tribunales dictaron sentencias en ambos sentidos. En las primeras se admitía la sanción de las personas jurídicas, sobre la base del viejo concepto romano de la "culpa ineligendo", y en las segundas, se atribuía la responsabilidad a los empleados sobre la base de la premisa que no cabe "exigir responsabilidad a la empresa bancaria por la conducta individual y personal de sus empleados".

No es el caso hacerle seguimiento a esas sentencias, lo que interesa destacar en este trabajo, es que actualmente como producto de esas tesis encontradas, en algunas leyes se nota una especie de salida transaccional, pues atribuyen la responsabilidad a las personas jurídicas, sin perjuicio de la responsabilidad en que puedan incurrir sus empleados. Por supuesto, que esta salida jurídica, eminentemente pragmática, no soluciona la excepción a la exigencia de la culpabilidad para poder sancionar a las personas jurídicas, y será necesario seguir con la "ficción" acerca de la naturaleza de la ficción jurídica a que responden los entes inmateriales. En cambio, una disposición como la indicada, puede servir para que la protección del bien jurídico tutelado por la Administración, sea eficaz, en tanto en cuanto no tratándose de una responsabilidad subsidiaria, el órgano administrativo puede optar entre sancionar a la empresa o al empleado.

Se nos ocurre –pese a la muy reducida solvencia económica que tienen los empleados cuando se comparan con las empresas– que este tipo de disposiciones cobran importancia en ámbitos como los ecológicos y los ambientales, en los cuales el efecto disuasivo de la pena juega un papel relevante. Debemos precisar, para evitar equívocos, que esta clase de normas de ninguna manera autoriza la pretensión de la personalidad jurídica (empresa) de obtener la repetición del monto de la multa pagada, de parte del empleado que incurrió en la conducta que dio lugar a la imposición de la sanción pecuniaria, pues sencillamente la potestad sancionatoria es exclusiva y excluyente de la Administración, y de ninguna manera una norma del tenor indicado puede facultarla implícitamente para delegarla en las personas

jurídicas sancionadas, pues la repetición originaría, en la práctica, la imposición de una especie de sanción en cascada, proceso en el cual la empresa estaría dotada de potestad sancionatoria de facto.

Por supuesto, que ante una conducta negligente de un empleado que origina la imposición de la sanción, se desencadenan los efectos contemplados en la legislación laboral, y eventualmente, según el caso, también los previstos en la legislación civil en materia de responsabilidad, pero esas son situaciones totalmente diferentes, a la potestad sancionatoria ejercida por la Administración, aunque el origen de ese ejercicio se encuentre en la señalada conducta negligente del empleado.

2.3.2.7.3.2. **La imputabilidad de las personas jurídicas en Venezuela**. Desde hace mucho tiempo el ordenamiento jurídico recibió la tesis que propugna la imputabilidad de las personas jurídicas, y la mayoría de las leyes administrativas, contienen disposiciones, algunas en forma implícita, como la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (arts. 44, 45, y 46), la Ley Orgánica del Ambiente (art. 24), la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (art. 118 al 124), etc., y otras, la gran mayoría, en forma explícita, en virtud de que erigen en forma expresa a las personas jurídicas en sujetos pasivos de la potestad sancionatoria de la Administración, como la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación (art. 54), la Ley de Ciencia y Tecnología (art. 60), la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre (art. 112), etc.

Debemos reconocer que en el muestreo de leyes administrativas que realizamos no conseguimos ninguna –ello no significa que no existan– contentiva de una disposición que atribuya la responsabilidad a las personas jurídicas, sin perjuicio de la de sus empleados. Quizás la que más se acerca formalmente, pero que regula una situación diferente es el Decreto Ley Orgánico de Hidrocarburos, que en su artículo 67, prescribe: "Cuando las multas previstas en el artículo anterior fueren aplicadas a una Empresa del Estado, ésta abrirá las averiguaciones correspondientes, con el fin de adoptar los correctivos de la situación y determinar las responsabilidades que pudieren recaer sobre los miembros del respectivo Directorio o Junta Directiva o cualquier otra persona al servicio de ella y aplicar las medidas a que hubiere lugar...".

Es cierto que la norma transcrita pareciera reflejar formalmente la hipótesis examinada, pero desde el punto de vista sustantivo es netamente

distinta, dado que ella impone una obligación a la empresa del Estado para determinar la responsabilidad del o de los empleados de la empresa en la infracción ya sancionada, a los fines de aplicar las medidas necesarias, que como expresamos antes, pueden ser en el orden laboral o civil, según el caso, mas nunca pueden inscribirse en la potestad sancionatoria, por lo demás ya agotada del Ministerio de Energía y Minas.

En ese muestreo pudimos percatarnos que la aún vigente Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, distanciándose ostensiblemente de la tesis dominante, tanto en el Derecho comparado, como en el Derecho nacional, opta por exonerar de responsabilidad a las personas jurídicas, y por imputársela directamente a sus empleados. En efecto, así aparece establecido en el artículo 255, numerales 9, 10 y 11, pues todos esos numerales participan de la referida tesis. En ese orden de razonamiento el primero de ellos pauta:

"Serán penados con multa del equivalente de cincuenta (50) a sesenta (60) unidades tributarias o arresto proporcional, a razón de un día de arresto por unidad tributaria:

1. *Omissis*

9. El administrador o responsable de cualquier medio de comunicación social, que se niegue a difundir propaganda electoral que cumpla con las previsiones de esta Ley".

Los otros numerales son del mismo tenor, y reiteramos que lo importante de destacar de esos dispositivos es que a pesar de que contrarían la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, quizás no puedan llegar a calificarse de inconstitucionales, porque en el fondo responden al clásico principio de la responsabilidad personal en materia sancionatoria, y tal vez pudieran tener pertinencia en el campo electoral; no obstante, lo grave sería que ese modelo normativo se extendiera a otras esferas materiales, pues sin dudas que esa sería una manera fácil y económica de las empresas de eludir su responsabilidad.

2.3.2.7.4. **El principio de proporcionalidad**.

2.3.2.7.4.1. **Fundamentación conceptual**. Cabe señalar que la dimensión de este principio ha conducido a la doctrina a sostener que tiene un carácter general derivado de la misma esencia del Estado de derecho, razón por la cual la proporcionalidad es aplicable en casi todas las ramas jurídicas, pero es quizás en el marco del principio de legalidad sancionatorio donde encuen-

tra su aplicación más intensa debido, –reiteramos– al carácter garantístico de la libertad personal y de la libertad en general de dicho principio; de allí que la doctrina sostenga que él forma parte del contenido esencial del derecho regulado –en nuestro caso– en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución. En efecto, tanto el Derecho penal, como el Administrativo sancionador conducen a una ecuación en la que entran en juego la potestad punitiva del Estado y el derecho de libertad, tanto personal como general, pues se parte de la premisa de que las autoridades estatales están facultadas para restringir ese derecho. Sin embargo, tal restricción solamente será ajustada a derecho si ésta es necesaria y adecuada para proteger intereses públicos.

Pues bien, cuando esa actuación restrictiva de la libertad ciudadana, concebida ésta en términos amplios, comporta la imposición de sanciones administrativas, en ese momento entra a jugar su rol básico el principio de proporcionalidad, pues su aplicación supone una especie de control de cualquier exceso por parte del órgano sancionatorio, y se traduce en un esquema de adecuación entre infracciones y penas, atendiendo a la gravedad de las primeras, así como a la persona del infractor. Obsérvese que el principio bajo examen permite cuestionar la actuación de los órganos sancionadores administrativos cuando imponen una pena, ya que su invocación está destinada a lograr que dichos órganos en ejercicio de la función tutora de los intereses públicos impongan las sanciones que sean necesarias y adecuadas a la protección de dichos intereses, o si siendo necesarias no excedan de manera indudable el grado de restricción necesaria de la libertad para lograr la preservación de los intereses generales.

En fin, cuando se encuadra el principio de proporcionalidad en el de legalidad sancionatorio, el primero pasa a tener un rol garantista, porque impide que se produzca la ruptura del necesario equilibrio que debe existir entre la tutela de los intereses generales, mediante el ejercicio de la potestad sancionatoria, y el derecho a la libertad, de tal manera que puede llegar a ser un mecanismo de control, en primer lugar, sobre los excesos en que puede incurrir el Poder Legislativo, cuando establece infracciones administrativas a las cuales se les atribuye una sanción desproporcionada, como por ejemplo, si una Ley establece que en caso de propaganda engañosa realizada por un comerciante, se le cerrará el establecimiento mercantil por tres meses. En ese caso podrá cuestionarse la constitucionalidad de la norma, por ser contraria al artículo 49, numeral 6 de la Constitución, y en segundo lugar, sobre los excesos en que puede incurrir la propia Administración Pública, cuando teniendo a su disposición un conjunto de

sanciones graduadas desde la de mayor a la de menor gravedad, en función del daño que se inflige al infractor, y ante una infracción leve, por ejemplo, en el caso de que el administrado omita hacer la consulta preliminar y solicitar la constancia de las variables urbanas fundamentales, y estén previstas en la Ley la multa, la paralización y la demolición de la obra, la Administración opte por imponer esta última. En esa hipótesis podrá el administrado escoger entre interponer una acción de amparo, o interponer el recurso contencioso de nulidad contra el acto de la administración, en ambos casos invocando el precepto constitucional antes indicado.

De lo expuesto se observa entonces, que la proporcionalidad como contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, es un instrumento de relevante importancia para el control que deben ejercer los ciudadanos sobre la actividad del Parlamento y sobre todo de la Administración Pública en materia sancionatoria. Por esa razón consideramos conveniente resumir las reglas básicas que según SANTAMARÍA (1999), deben regular la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, a saber: a) la regla de la moderación, que implica que las sanciones que se impongan deben ser las estrictamente necesarias para que el mal infligido cumpla su finalidad represiva y preventiva, "...las sanciones por tanto, no son instrumentos de ordenación política y sectorial, utilizables en función de los objetivos y metas propios de dicha política..."; b) la regla de la discrecionalidad limitada, que opera cuando el *quantum* o el tipo de la sanción por la infracción, está previsto en la ley sobre la base de rangos cuantitativos, entonces la decisión de la Administración no es totalmente libre, pues está sujeta al control de los órganos contencioso administrativos. Pensamos nosotros que esa regla, además de revelar el indicado control, impone a la Administración el deber –aun dentro de su potestad discrecional– de guardar el necesario y debido equilibrio entre la gravedad de la infracción, las características del autor y las sanciones impuestas, so pena de su anulación como consecuencia de la revisión judicial; y, c) la regla del control judicial sustitutivo, que aparece estrechamente relacionada con la anterior, ya que implica, como indicamos antes, que toda imposición de sanción, y especialmente aquella que es producto de una decisión que supone la opción de la Administración dentro de una escala graduada en función de su gravedad, es revisable por el Juez, cuando los ciudadanos invocan la violación del principio de proporcionalidad, estando facultado éste "...para fijar una sanción de importe diverso, en base a una distinta apreciación de las circunstancias".

2.3.2.7.4.2. **El principio de proporcionalidad en Venezuela**.

2.3.2.7.4.2.1. **Planteamiento general y la postura jurisprudencial sobre el principio de proporcionalidad**. Cabe reiterar que en nuestro país también es de recibo la tesis acerca de que este principio es inherente a todo el ordenamiento jurídico, pero que cobra la relevancia antes explicitada en el ámbito de la potestad punitiva del Estado, motivo por el cual no cabe duda que forma parte del contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, de tal manera que aunque no aparezca expresamente estatuido en una norma legal, la exigencia de su aplicación es inexcusable, por encontrar su sustentación en la referida norma constitucional. Por lo demás esa aplicación ha sido reivindicada en un fallo de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia al vincularlo con la potestad discrecional de la Administración para imponer la sanción, pero lamentablemente ese fallo refleja cierta confusión, en primer lugar, porque la proporcionalidad es vista casi como un accidente en el marco conceptual de la discrecionalidad administrativa, y en segundo lugar, porque se pretende fundamentar en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que en realidad es un modelo normativo que traza los principales límites al ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración Pública, mas no consagra el principio bajo estudio, mucho menos en el ámbito de la potestad sancionatoria.

En efecto, en sentencia del 29 de abril de 2003, la Sala Constitucional al pronunciarse sobre una acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 90 y 91 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, tocó de manera incidental el punto, y declaró después de transcribir una cita del autor español Parejo Alfonso que concluye así: "**La base para el control la proporciona la negación de la discrecionalidad a la potestad administrativa sancionadora"**, es decir, que Parejo niega la discrecionalidad en el proceso de fijación de la sanción por la Administración; sin embargo, la Sala a continuación afirma: "De lo expresado se puede colegir que la Administración no detenta una **extrema discrecionalidad** que permita que la sanción sea impuesta bajo un régimen de elección de alternativas dentro de un cúmulo de posibilidades, por cuanto dicha libertad debe estar **sujeta al principio de proporcionalidad**, es decir, la Administración jamás puede excederse de los límites que la propia ley le ha conferido".

En realidad la lectura del párrafo transcrito genera serias dudas, porque si bien se basa en la tesis de Parejo, cuando éste niega la discrecio-

nalidad de la Administración en el ejercicio de la potestad sancionatoria, la sentencia admite que sí debe operar la discrecionalidad siempre y cuando no sea extrema, pero inmediatamente niega que en el uso de esa discrecionalidad –no extrema– la Administración está impedida de elegir alternativas dentro de un cúmulo de posibilidades, porque esa libertad debe estar sujeta al principio de proporcionalidad, motivo por el cual la Administración jamás puede excederse de los límites impuestos por la Ley. Las dudas surgen de las siguientes contradicciones: a) si la Sala está de acuerdo con la tesis de Parejo, entonces estaba impedida de predicar la discrecionalidad no extrema de la Administración, porque ello implicaba simplemente admitir la discrecionalidad de la Administración, ya que la extrema (en el *an*, en el *quid*, en el *quo* y en el *quomodo*) es la excepción; b) si admitió que operaba la discrecionalidad, entonces no podía negar la elección de alternativas por parte de la Administración, pues esas alternativas tienen que estar constituidas por las que integran la escala graduada de sanciones, la gravedad de los hechos y las características del infractor, precisamente la discrecionalidad consistiría precisamente en elegir una de esas alternativas; y c) esa negativa de la elección de alternativas, comporta a diferencia de lo que sostiene la Sala, el soslayamiento del principio de proporcionalidad, el cual encuentra aplicación cuando la Administración opta por una de las sanciones que integran la referida escala en función de la gravedad de los hechos y las características del infractor.

De modo, pues, que pese a que la Sala reivindica la necesidad de la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Administración al momento de imponer la sanción, lo hace de tal manera que suscita la confusión indicada. Es preciso añadir que en esa misma sentencia se vuelve al principio de proporcionalidad y se declara que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos consagra el principio rector de la proporcionalidad, el cual debe ser aplicado inclusive en las relaciones de sujeción especial que se configuren entre un grupo de funcionarios y la Administración, cuando se ejerza la potestad sancionatoria.

Esta argumentación aunque puede tener alguna pertinencia, no resulta válida para explicar la naturaleza y alcance del principio de proporcionalidad en el ámbito de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, que insistimos es básicamente un mecanismo garantista de la libertad en sentido amplio, de los ciudadanos (hacer todo aquello que no esté prohibido por la ley); en cambio, el artículo 12 de la LOPA, como expresamos antes, es un modelo normativo destinado a condicionar mediante la imposición de límites

el ejercicio de todas las potestades discrecionales de la Administración. Lo que pretende el legislador es que ese ámbito de libertad, exento del control judicial, en que consiste la discrecionalidad de la Administración, esté sujeto a límites materiales traducidos en la congruencia y la proporcionalidad, que es lo que conoce la doctrina como los **hechos determinantes**, a límites teleológicos (el fin de la norma), a límites competenciales (autoridad competente), y a límites procedimentales (trámites y formalidades necesarias).

Pues bien, en esa perspectiva hermenéutica la proporcionalidad a que alude el artículo 12 de la LOPA, al ser un límite fáctico o material, impone junto con la adecuación, la necesidad de la congruencia, pero al fin y al cabo es sólo un límite más en el marco del conjunto de límites que el legislador establece al ejercicio de cualquier potestad discrecional por parte de la Administración Pública, y en ese sentido, siendo también la potestad sancionatoria, una potestad de la Administración, reconocemos que puede inferirse de ese dispositivo la pertinencia de invocar el principio de proporcionalidad en la referida sentencia, con la particularidad que el mismo queda sustentado en normas de rango legal. Pero si se admitiese esa postura, el principio perdería su fundamentación constitucional –por cierto ignorada totalmente en la sentencia– y sobre todo su carácter garantista de la libertad de los ciudadanos, y pasaría a tener una fundamentación enteramente legal de todas maneras discutible, porque resulta difícil esbozar una tesis a partir de la referencia dentro de los varios límites delineados en el artículo 12 de la LOPA al ejercicio de la potestad discrecional de la Administración, que permita postular la autonomía del principio de proporcionalidad en el marco de la potestad sancionatoria administrativa, pues ello es posible, pese al carácter general del mismo, por derivarse de la esencia misma del Estado de derecho, cuando se conceptúa como contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, ya que de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en las confusiones y contradicciones reveladas en la sentencia.

Además, el principio bajo estudio no admite, en nuestro criterio, por las razones antes expuestas, otra fundamentación que no sea la constitucional, porque de lo contrario perdería casi todo su radio de alcance, ya que sólo permitiría que operase un test de compatibilidad en el marco de legalidad, esto es, que únicamente podrían intentarse recursos contencioso administrativos invocando la violación del artículo 12 de la LOPA, cuando la Administración imponga una sanción excesiva o innecesaria. En cambio, y esto es lo más importante de destacar, se perdería injustificadamente el control que pueden ejercer los ciudadanos sobre el Parlamento, mediante la acción de inconstitu-

cionalidad contra normas que establezcan una desproporción o exceso entre infracciones y sanciones, o el control de los actos sancionatorios dictados por la Administración, acudiendo a la vía de la acción de amparo, dado que al ser una violación legal su denuncia escaparía a la competencia constitucional de los tribunales, en ese materia. Todas las razones anteriores conducen a reafirmar la tesis relativa a que el principio de proporcionalidad en la esfera de la potestad sancionatoria administrativa encuentra su fundamentación en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, razón por la cual los ciudadanos pueden ejercer el control tanto de los actos del Parlamento, mediante los cuales diseña las infracciones y las sanciones, y sobre todo los actos de la Administración mediante los cuales impone sanciones.

2.3.2.7.4.2.2. **El artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal que tipifica un cúmulo de sanciones (principal y accesorias) y el principio de proporcionalidad**.

2.3.2.7.4.2.2.1. **Planteamiento del asunto**. En el contexto del panorama doctrinario esbozado precedentemente conviene traer a colación el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el cual impone como sanciones a quienes incurran en alguno de los veintiocho supuestos de responsabilidad administrativa enumerados en el artículo 91 *ejusdem*, más, los cuatro específicos contemplados en el artículo 92, para las máximas autoridades administrativas de los entes y órgano sujetos a control, más el número indeterminado derivado de la norma en blanco "a ciegas" contenida en el numeral 29 del mismo artículo 91, una **multa entre cien y mil unidades tributarias, la suspensión en el cargo hasta por veinticuatro meses sin goce de sueldo, la destitución y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años**.

De modo, pues, que el primer planteamiento en el análisis de la norma en su relación con el principio de proporcionalidad, debe estar referido a la legitimidad del legislador para sancionar una norma que frente a un número indeterminado de infracciones, sin ningún tipo de especificación sustentada en la gravedad, establece una sanción principal y tres accesorias o complementarias, todas de mayor gravedad que la principal. Por supuesto que la evaluación de esa legitimidad legislativa sólo podrá realizarse mediante el denominado test de compatibilidad constitucional, cuya aplicación implica la comparación del artículo 105 de la LOCGRSNCF, con el artículo 49, num. 6, de

la Constitución, consagratorio del derecho fundamental derivado del principio de legalidad sancionatorio, de cuyo contenido esencial forma parte el principio de proporcionalidad.

2.3.2.7.4.2.2.2. **El principio de proporcionalidad como límite de la función legislativa**. Colocados en esa senda metodológica, es necesario recordar que la actuación del legislador será legítima cuando establezca restricciones a la libertad de los ciudadanos, con la finalidad de proteger el interés público, siempre y cuando esas restricciones sean necesarias y adecuadas para proteger ese interés público. Nadie duda de la competencia del Parlamento para seleccionar el bien jurídico protegido –interés público, en este caso– y tipificar tanto las infracciones como las sanciones que estime conveniente para su protección. No obstante, esa conveniencia encuentra un límite insalvable en el principio de proporcionalidad, ya que pese a la indudable autonomía e independencia que detenta el Parlamento para legislar en materias de competencia nacional, enfrenta una interdicción constitucional para restringir arbitrariamente los derechos y libertades públicas, aun cuando invoque la tutela de determinados intereses públicos.

Ese postulado que luce elemental ha sido recogido en la sentencia del Tribunal Constitucional español dictada en el año 1999, refiriéndose a la legislación penal, pero debido al carácter único del *ius puniendi* estatal, debe considerarse válido en la esfera sancionatoria administrativa. En dicho fallo declaró: "El alcance de un control constitucional externo de la proporcionalidad de las normas penales se limita, en cualquier caso, a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho".

La sentencia transcrita parcialmente no hace mas –insistimos– que recoger las conclusiones de la doctrina expuestas precedentemente en torno al principio de proporcionalidad en el ámbito de la potestad sancionatoria administrativa, traduciéndolas en un criterio operacional que resulta sumamente útil para un Tribunal que intente aplicarle el test de compatibilidad constitucional al artículo 105 de la LOCGRSNCF, bien mediante el control concentrado o mediante el control difuso. Efectivamente el manejo de ese criterio conduce a dejar sentado que el legislador estableció en la práctica al incluir el numeral 29 del artículo 91, *ejusdem* un número indeterminado de supuestos (infracciones) de responsabilidad administrativa, sin llegar, por razones obvias a clasificarlos atendiendo a su gravedad.

Configurada de esa manera la norma resulta concluyente desde el punto de vista formal jurídico que todos ellos tienen la misma entidad, pero a los fines de terminar de delinear la ecuación, tipificó una sanción principal de carácter pecuniario, cuyo importe va de cien unidades tributarias a mil unidades tributarias, a la cual adicionó tres **sanciones accesorias o complementarias**, a saber: suspensión en el ejercicio del cargo, sin goce de sueldo, hasta por veinticuatro meses, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años.

2.3.2.7.4.2.2.3. **La incompatibilidad del artículo 105 de la LOCGRSNCF, con el principio de proporcionalidad, desde la perspectiva cualitativa y cuantitativa**. Cuando el legislador sanciona la Ley y aprueba el artículo 105, no cabe ninguna duda, que el bien jurídico (interés público) protegido es en definitiva el patrimonio público, y más concretamente el manejo eficiente y transparente de los recursos y bienes públicos. Por supuesto, que esa protección, en el caso de que los empleados incurran en conductas tipificadas como supuestos de responsabilidad administrativa, implica la restricción de la libertad, en sentido amplio, de los infractores de la norma, lo que resulta a todas luces, completamente legítimo. Sin embargo, cuando se intenta compatibilizar la tipificación de las sanciones que darán lugar a esa restricción, encontramos que no sólo se desborda la técnica legislativa utilizada para atribuir sanciones, desde el punto de vista cualitativo, sino también desde el punto de vista cuantitativo.

Desde el punto de vista cualitativo, porque el modelo a seguir, que no es otro que el del Derecho penal, desde hace muchísimo tiempo, por razones elementales de lógica, conceptúa a la **pena principal**, como aquella que le inflige el mayor mal al sancionado, y las accesorias y complementarias, como su nombre lo indica, aquellas que ciertamente contribuyen a acentuar ese mal desde una perspectiva diferente, pero que en definitiva comportan un mal mucho menor. Así por ejemplo, al condenado a presidio o a prisión puede imponérsele la inhabilitación política sólo durante el tiempo de duración de la pena principal, de tal manera que cuando se ponderan sobre la base de la variable gravedad ambos tipos de sanciones en el ejemplo indicado, resulta concluyente la diferencia abismal entre la principal y la accesoria o complementaria.

En ese orden de razonamiento observamos que en la hipótesis del artículo 105 de la LOCGRSNCF se produce una ruptura de ese esquema sancionatorio, pues basta leer el texto de la norma para percatarse que

cualquiera de las penas accesorias puede revestir mayor gravedad que la sanción principal de multa, la cual puede ir desde 100 unidades tributarias, esto es, dos millones cuatrocientos setenta mil bolívares hasta 1.000 unidades tributarias, esto es, veinticuatro millones setecientos mil bolívares. En cambio, las accesorias que pueden limitarse a una sola, cuando se trate de suspensión en el ejercicio del cargo, sin goce de sueldo, puede ir desde un mes hasta veinticuatro meses, pero pueden ser dos, cuando se trate de destitución, pues ésta a su vez puede comportar otra "accesoria", que consiste en la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un límite máximo de quince años.

Ni qué decir acerca de que esta última sanción accesoria llevada a sus extremos, implica una especie de "muerte civil" para cualquier ciudadano, dado que comporta una interdicción para desempeñar cargos públicos electivos o no –en su término máximo– por un lapso de quince años, sanción accesoria que se le impone a quien cometa un homicidio intencional, que sólo debe estar inhabilitado políticamente por el mismo lapso de cumplimiento de la pena, esto es, quince años, (art. 407 C.P), el cual puede reducirse si se disminuye la pena por cualquiera de las razones previstas en el ordenamiento. Este ejemplo *per se*, revela el exceso o desproporción en que incurrió el legislador al pretender proteger el señalado interés público con este tipo de sanciones.

De manera que desde la perspectiva cualitativa cualquiera de las sanciones accesorias resulta más grave que la sanción principal, lo que indudablemente lesiona claramente el principio de proporcionalidad, porque la necesidad y la adecuación de las infracciones y las penas que debe quedar reflejada en la Ley, por supuesto, que necesariamente tienen que estar en función de la pena principal, no de las accesorias o complementarias, porque además éstas, que dicho sea de paso, tienden a ser excepcionales, no pueden de ninguna manera comportar un mal mayor para el infractor, que el infligido por la sanción principal. Basta que se rompa esa regla para postular que el legislador ha irrespetado el principio de proporcionalidad conceptuado como contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución.

Cuando el esquema normativo se examina desde la perspectiva cuantitativa, observamos que adicionalmente al vicio detectado en la óptica cualitativa, el legislador incurre en otro, al colocar en manos de la Administración, y más concretamente de un solo funcionario a nivel nacional, sin respetar para nada la estructura federal del Estado venezolano, el Contralor

General de la República, un cúmulo de sanciones constituidas por las tres antes mencionadas, además de la principal. A ese conjunto de sanciones hay que añadir –y esta situación debe ser tenida muy en cuenta por cualquier Tribunal que le corresponda pronunciarse sobre la constitucionalidad del citado artículo 105 de la LOCGR–, un grupo de sanciones, algunas de ellas delineadas con un pretendido carácter vitalicio, relativas a la interdicción para ocupar determinados cargos públicos a las personas que se les haya declarado la responsabilidad administrativa, es decir, a la que se haya aplicado por lo menos la sanción principal y una accesoria, tal como las que mencionamos anteriormente, que aparecen contempladas en la Ley Orgánica de Seguridad Social, en la Ley Orgánica del Poder Electoral y en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras.

De modo, pues, que a los fines de proteger el bien jurídico relativo a la eficiente y transparente administración de los recursos públicos, el legislador no sólo invirtió el orden de la gravedad de las sanciones, entre principal y accesorias, sino que tipificó una cantidad desproporcionada de sanciones, que pueden llegar en algunos casos a ser hasta cuatro, lo que indudablemente constituye un exceso arbitrario que colide con el citado artículo 49, num. 6, de la Constitución, que debería ser corregido por el Tribunal Supremo de Justicia.

2.3.2.7.4.2.2.4. **Las acciones de los administrados frente a la incompatibilidad constitucional del artículo 105 de la LOCGRSNCF**. No sabemos si tal corrección ocurrirá a corto plazo, dado que en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia cursa una demanda de nulidad por inconstitucionalidad, con amparo cautelar, contra dicho dispositivo normativo, amparo que fue declarado con lugar en sentencia del 27 de agosto de 2004, motivo por el cual corresponde ahora dictar el pronunciamiento sobre el fondo de la controversia; no obstante, observamos que los accionantes, en cuanto respecta al principio de proporcionalidad bajo examen, ni siquiera lo mencionan en el libelo, y mucho menos lo denuncian como violado, pues colocan como uno de los motivos de la impugnación, la violación del principio de tipicidad de las infracciones contenido en el artículo 49, numeral 6, constitucional, el cual, en nuestro criterio, sí es respetado por el legislador, ya que en la disposición normativa aparecen claramente enumeradas cada una de las sanciones, tanto la principal como las accesorias, y además son enunciados unos eventuales criterios de graduación de las mismas, como son la gravedad de la infracción y el monto de los perjuicios causados, en el caso de la sanción principal, y únicamente la **gravedad de la infracción**, en el caso de las sanciones accesorias.

Sin embargo, coincidimos con N. PEÑA, quien en su tesis doctoral afirma que no va a resultar fácil ni para la Administración, ni para los administrados, el manejo acertado de este último criterio, en virtud de que la ley le da la misma connotación a todos los supuestos de responsabilidad administrativa, en virtud de que no discrimina, por ejemplo, entre infracciones muy graves, graves y leves. Pero esa omisión no debe impedir, de considerarse el dispositivo compatible con la Constitución, que ese criterio deba ser manejado por el Contralor General de la República, al momento de imponer la sanción, so pena de violar el principio de proporcionalidad. Por esa razón en caso de que sea declarada la referida compatibilidad, sería deseable que el Reglamento de la Ley hiciese una clasificación de las infracciones atendiendo a su gravedad.

Por consiguiente, consideramos que los impugnantes incurrieron en un error al denunciar la violación del principio de tipicidad de las infracciones por parte del legislador, pues las mismas, como ha quedado demostrado, están correctamente tipificadas, y en ese sentido pareciera, en estricta puridad conceptual, que le correspondía denunciar más bien, por las razones antes enunciadas, la violación del principio de proporcionalidad, especificando que el mismo forma parte del contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 49, num. 6, constitucional. Y no vale, en nuestro criterio, el argumento para insistir sobre la falta de tipicidad de las sanciones, manejado por los impugnantes, relativo a la inexistencia de "reglas para la graduación y escala de esas sanciones; por el contrario, se otorga una amplísima libertad al Contralor General para determinar la magnitud de éstas sobre la base de una amplia discrecionalidad para inferir los hechos que la justifican".

En efecto, esas reglas, como explicamos anteriormente, están constituidas por la gravedad de la infracción y los perjuicios causados al patrimonio público, y ciertamente resulta una cuestión diferente, que escapa al control de la constitucionalidad, si el Contralor General de la República ignora esas reglas o las aplica mal, ya que en esa hipótesis quedará a los interesados interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo de nulidad contra el acto sancionatorio, por haber infringido el artículo 105, pues no debe olvidarse que la discrecionalidad del órgano sancionador es muy limitada, y su control judicial mediante los "hechos determinantes", constituidos por la gravedad de la falta o el monto de los perjuicios causados, determinará la validez o nulidad del acto impugnado.

Así, por ejemplo, si un funcionario es sancionado por omitir el control previo, pero el contrato celebrado no sólo no causó perjuicios a la Administración, sino que su ejecución resultó satisfactoria para la Administración, si en esa hipótesis el Contralor General de la República le aplicase la sanción accesoria de destitución, o la de destitución conjuntamente con inhabilitación por un año para ejercer funciones públicas, por supuesto que infringiría contextualmente el principio de proporcionalidad contenido en el artículo 49, numeral 6, de la Constitución, pero básicamente infringiría el artículo 105 de la LOCGRSNCF, por haber ignorado la obligación de ponderar su actuación atendiendo a la gravedad de la irregularidad, o bien por haberla ponderado mal, caso en el cual el Juez contencioso administrativo estaría obligado a anular el acto sancionatorio emanado del Contralor General de la República.

En fin, de todos los razonamientos anteriores se desprende que en la perspectiva procedimental existe una diferencia significativa entre el control que pueden ejercer los ciudadanos sobre el Poder Legislativo cuando éste sanciona normas sancionatorias, invocando para ello el principio de proporcionalidad, ya que en ese caso se trata del control abstracto de la constitucionalidad de las normas; y el control que pueden ejercer sobre la Administración cuando impone sanciones, e igualmente invocan a los fines del cuestionamiento de los actos sancionatorios, el mismo principio, ya que en esa hipótesis se trata del control concreto, específico y particular del acto emanado de la autoridad administrativa.

Por consiguiente, en cada uno de esos casos la estrategia procesal es distinta, como distintos deberán ser los argumentos que servirán de fundamento a las acciones y recursos correspondientes. De todas maneras es posible procesalmente combinar ambas acciones, ya que resulta procedente, por ejemplo, en el caso del artículo 105 de la LOCGRSNF, interponer tanto una acción de inconstitucionalidad contra ese esquema normativo, conjuntamente con un amparo cautelar, lo que puede dar origen a la inaplicación del dispositivo únicamente para la situación del impugnante, y a la resolución del fondo del asunto (constitucionalidad o inconstitucionalidad) posteriormente, como un recurso contencioso administrativo, conjuntamente con una acción de amparo cautelar, por supuesto que en este caso, sería contra el acto sancionatorio del Contralor General de la República, pudiendo lograr que el Tribunal contencioso suspenda preventivamente los efectos del acto sancionatorio, y posteriormente se pronuncie sobre el fondo del asunto. De modo, pues, que la diferencia no radica sólo en los procedimientos, las acciones y los recursos, sino también en los actos sobre los cuales incide la acción.

2.3.2.7.5. **El principio (derecho) de la presunción de inocencia**.

2.3.2.7.5.1. **¿Derecho o principio?** Debemos comenzar indicando que comúnmente se utiliza la expresión "principio de la presunción de inocencia", en lugar de derecho de la presunción de inocencia, y quizás ello se deba a que en casi todos los casos los correspondientes esquemas normativos nacionales o internacionales, utilizan el término "presunción". Así por ejemplo, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos pauta: "Toda persona acusada de delito tiene derecho **a que se presuma su inocencia**, mientras no se compruebe su culpabilidad..." y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8, numeral 2, prescribe: "Toda persona inculpada de delito tiene **derecho a que se presuma su inocencia** mientras no se establezca legalmente su culpabilidad". En Venezuela el artículo 49, num. 2, constitucional estatuye: "Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario".

Pero sobre todo, tal vez todavía se deba el uso de la mencionada expresión a la inexistencia, en tiempos menos recientes, en algunos ordenamientos nacionales de una disposición expresa que consagrara dicho derecho, razón por la cual al no poder conceptuarlo como tal derecho subjetivo, se acudía al expediente de elevarlo a la categoría de principio, vinculándolo a reglas como la relativa al *in dubio pro reo*. Sin embargo, la diferencia entre derecho y principio tiene relevancia, pues no resulta igual a los fines de la protección judicial de los ciudadanos invocar un principio que invocar un derecho, y así lo aclaró el Tribunal Supremo español en sentencia del 25 de junio de 1985, al señalar que en la hipótesis de que se trate de un verdadero derecho, al ciudadano debe reconocérsele incondicionalmente su inocencia, hasta tanto mediante las pruebas legales y pertinentes no se le demuestre su culpabilidad; en cambio, si se considera como un mero principio, éste implica solamente una fuerza inspiradora, que sirve "para secundar la función interpretativa del órgano jurisdiccional al tiempo de enfrentarse con el material probatorio, orientando sus posiciones cuando el estado psicológico asalta la conciencia del juzgador".

Queda claro de la sentencia transcrita y resumida parcialmente, la diferencia significativa en la dimensión de la tutela del derecho a la libertad en términos amplios, derivada de conceptuar a la presunción de inocencia como derecho o como principio; no obstante, hemos querido plantear en términos muy breves el asunto, para orientar acerca del desarrollo actual, puesto que la mayoría de los países a partir de las normas contenidas en la

Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana de los Derechos Humanos, las cuales consagran a la presunción de inocencia en forma categórica como un derecho, han decidido incluir en sus Constituciones en forma expresa o implícita a la presunción de inocencia calificándola como un derecho fundamental. De todas además en aquellos pocos ordenamientos en los cuales no aparezca como tal derecho, siempre será posible invocarlo como principio, y por supuesto, la fuerza que él inspira deberá influir suficientemente en la conducta de los jueces orientándolos hacia la parte nuclear del aludido derecho.

Ahora bien, sea concebido como derecho fundamental, o como principio, lo que resulta actualmente fuera de toda discusión es que se aplica tanto en el ámbito del Derecho Penal, como del Derecho Administrativo sancionador, motivo por el cual cobra particular importancia en el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración Pública, pues como demostraremos de seguidas, constituye un límite infranqueable para ésta, y desde luego, una garantía irrenunciable de los administrados.

2.3.2.7.5.2. **El derecho de la presunción de inocencia desde el punto de vista funcional**. Sin dudas que el derecho bajo examen responde en principio a un esquema muy sencillo, en virtud de que se reputa inocente a toda persona inculpada o investigada, hasta que se pruebe su culpabilidad. No obstante, bajo ese esquema aparentemente sencillo, resulta que el ejercicio de este derecho, a diferencia de otros, como el de propiedad, de tránsito, de expresión, etc., que generalmente requieren una actuación de sus titulares, lo que exige, por el contrario es una acción y una abstención de los órganos administrativos, en el caso de la potestad sancionatoria, y de los órganos del Poder Judicial, en el caso de la potestad punitiva penal.

En efecto, a los fines de respetar el derecho de la presunción de inocencia la Administración Pública está obligada cuando sanciona a un administrado: 1) a demostrar que la sanción está fundada en medios probatorios tanto de la conducta incriminada, como de su culpabilidad, o lo que es lo mismo, en términos de Nieto, a probar la certeza de la infracción y la certeza de la culpabilidad; 2) a aceptar que en su carácter de acusadora a ella corresponde exclusivamente la carga de la prueba, y que en consecuencia se configura una interdicción insalvable para exigir al administrado que pruebe su inocencia y; 3) a aceptar que cualquiera insuficiencia derivada de la actividad probatoria, debe obligarla a proferir una decisión absolutoria.

De lo expuesto se colige que sólo con la realización de las señaladas acciones de la Administración, se garantiza al ciudadano el pleno ejercicio del derecho de la presunción de inocencia, y al mismo tiempo queda demostrado que el contenido básico de dicho derecho está centrado en los efectos procedimentales, pues todas las mencionadas acciones a la postre giran sobre la exigencia de demostrar la culpabilidad del administrado mediante pruebas legales y pertinentes, que deben ser recabadas mediante la aplicación de la regla que postula que incumbe a la Administración la carga de probar, y que en caso de insuficiencia de prueba deberá emanar un pronunciamiento absolutorio. En otros términos, la presunción de inocencia, está centrada en la prueba de los cargos o de la imputación, de tal manera que si esa prueba es exitosa, la presunción se derrumba, y la Administración queda legitimada para imponer la sanción.

Pero a la par de las mentadas acciones o actuaciones, el ejercicio del derecho de la presunción de inocencia, implica el deber de la Administración de darle al indiciado durante el curso del procedimiento, tanto en el ámbito interno como externo, el carácter de inocente, es decir, abstenerse de tratarlo como culpable, siendo éste el otro contenido del derecho, que como se observa, tiene un carácter extraprocedimental o extraprocesal. De modo, pues, que esas son las dos caras de este particular derecho, cuyo ejercicio, está enteramente condicionado a las indicadas acciones y abstenciones de la Administración. Por supuesto, que cualquier incumplimiento en ese sentido constituye una expresión de su violación.

Cabe precisar que en realidad las señaladas acciones no son más que expresiones de la regla que coloca en la Administración la carga de la prueba de la imputación y de la culpabilidad, así como de la prohibición de solicitar del administrado la prueba de su inocencia (*probatio diabolica*), es decir, la exclusión inversa de la presunción de culpabilidad, que implicaría que la persona sería culpable hasta tanto no demostrara su inocencia, la cual en el mundo actual resulta repugnante, y sólo la mencionamos, por razones didácticas para contraponerla al contenido verdadero del derecho bajo examen.

En la práctica cuando una Administración inicia un procedimiento sancionatorio, conociendo la extensión y alcance del derecho de la presunción de inocencia, no pretende mas que destruirla o desvirtuarla, porque al fin y al cabo ella tiene carácter *iuris tantum*, mediante las pruebas legales, válidas y pertinentes, en tanto en cuanto son recabadas en el marco de dicho procedimiento. En ese sentido Nieto (1994), infiere de la sentencia del Tribunal

Constitucional español dictada el 17 de diciembre de 1985, que a los efectos de la destrucción de la presunción, la Administración debe: a) recabar la prueba de los hechos constitutivos de la infracción; b) demostrar que esos hechos encuadran en los elementos determinantes del tipo configurador de la infracción; c) tener en cuenta que no resultan válidos a los fines de la referida destrucción los simples indicios o conjeturas; y, d) motivar suficientemente el acto sancionatorio en el cual queda reflejada la destrucción de la presunción. Sólo si el órgano administrativo da cumplimiento acumulativamente a esos requisitos habrá demostrado la certeza de los hechos y la certeza de la culpabilidad del administrado; y en consecuencia, estará habilitado legalmente para imponerle la sanción. De lo contrario, estará impedido de sancionarlo, so pena de incurrir en violación del derecho bajo examen.

También cuando la Administración inicia el procedimiento, está obligada como señalamos antes, a darle el tratamiento de inocente al indiciado o investigado, e igualmente durante todo el tiempo que dure el mismo, tanto interna como externamente, es decir, en el seno de la propia Administración, y fuera de la misma, verbigracia en declaraciones a los medios de comunicación social. Se trata en concreto –insistimos– de que reciba el trato y la consideración de inocente, o de no autor, o de no partícipe, motivo por el cual durante todo ese tiempo no se podrá desencadenar ningún tipo de consecuencia o efecto asociado a los hechos por los cuales está siendo investigado; y por consiguiente, deberá recibir el mismo tratamiento que reciben los otros administrados que estén en su misma situación, pero sin estar siendo investigados por la Administración.

Así por ejemplo, su condición de indiciado no será óbice para obtener una subvención o un ascenso. Distinta podría ser la situación si la Administración sobre la base de la norma atributiva de competencia decide adoptar cierta clase de medidas cautelares al iniciar el procedimiento, que examinaremos más adelante, pero de una vez dejamos constancia de que ellas deben tener un carácter excepcional, y estar plenamente ajustadas a los requisitos legales, so pena de convertirse en sanciones adelantadas, que desde luego, implican una transgresión al derecho de la presunción de inocencia.

2.3.2.7.5.3. **El derecho de la presunción de inocencia en Venezuela**.

2.3.2.7.5.3.1. **La situación preconstitucional**. Conviene destacar que es prácticamente en los inicios de la década de los noventa del siglo pasado, cuando en Venezuela comienza a esgrimirse como argumento de defensa

frente a los actos dictados por la Administración Pública en ejercicio de la potestad sancionatoria, el principio de la presunción de inocencia. Tal vez esa especie de "descubrimiento" por parte de los operadores jurídicos venezolanos haya tenido su origen en el artículo 24 de la Constitución española de 1978, cuya interpretación condujo tanto a la doctrina como a la jurisprudencia de ese país a sostener en forma, por lo demás consensuada, que era posible inferir la referida presunción de inocencia de dicho precepto. Más aún, el Tribunal Constitucional ha declarado que se trata de un verdadero derecho fundamental, cuya violación puede ser denunciada mediante el recurso de amparo.

Es lo cierto que en los primeros tiempos en Venezuela cuando se pretendía alegar la violación de la presunción de inocencia se acudía al artículo 68 de la Constitución de 1961, consagratorio del derecho a la defensa, el cual estaba redactado en forma parecida al apartado 2, del citado artículo 24 de la Constitución española. Pero muy pronto los abogados se percataron que revistiendo tal derecho la calificación de humano, de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ambas suscritas por Venezuela, resultaba menos dudosa la invocación de esta presunción, y más ajustada al texto constitucional, fundamentarla en el artículo 50 de la Constitución de 1961, que prescribía: "La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella".

Al armonizar dicho precepto con el contenido en el artículo 49 *ejusdem*, consagratorio de la acción de amparo constitucional, mediante la cual cualquier habitante de la República podía solicitar ante los Tribunales la protección de los derechos y garantías que les confería esa Constitución, podía perfectamente ejercerse una acción de amparo denunciando la lesión del derecho de la presunción de inocencia, pues estaba claro que éste entraba en la categoría de los identificados en el citado artículo 50.

Pues bien, así ocurrió y fueron varias –aunque no muchas– las sentencias de amparo dictadas, tanto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, como por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, mediante las cuales declararon con lugar los correspondientes recursos, por estimar que se había violado el derecho de la presunción de inocencia. Así por ejemplo, vale la pena referirse a dos sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, una

contentiva de un pronunciamiento desestimatorio, y la otra de un pronunciamiento estimatorio. En la primera, del 4 de mayo de 1994, la desestimación se debió a que la Corte consideró que durante el procedimiento administrativo sancionatorio se había llevado a cabo una actividad probatoria, y que la sanción impuesta era el producto de una decisión en la cual se había determinado la culpabilidad del accionante.

En la segunda, del 13 de agosto de 1996, estimó la acción de amparo porque consideró que en el procedimiento sancionatorio llevado a cabo por la Contraloría General de la República, en el acto de formulación de cargos los accionantes habían sido inculpados de manera definitiva, cuando solamente eran indiciados.

Esa misma orientación fue la seguida por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada el 1º de diciembre de 1994, al declarar que la garantía de la presunción de inocencia requería que la acusación aportase la prueba individual de la culpabilidad más allá de la duda, debiéndose mantener la inocencia del indiciado, mientras no existiese una sentencia condenatoria.

Queda claro a la luz de las sentencias referidas, que la jurisprudencia de los máximos tribunales contenciosos del país, concebían a la presunción de inocencia como un verdadero derecho subjetivo constitucional, susceptible de ser accionado en amparo, y lo que es más importante, aunque con muy poco desarrollo doctrinario, aludían al elemento estructural básico del mismo, esto es, al reconocimiento de la inocencia del indiciado mientras no se obtuviese la certeza, mediante la actividad probatoria legal y pertinente, de los hechos y de la culpabilidad.

2.3.2.7.5.3.2. **La situación después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999**.

2.3.2.7.5.3.2.1. **El derecho de la presunción de inocencia en el marco del derecho al debido proceso (art. 49 constitucional)**. Las dudas que surgieron durante la vigencia de la Constitución de 1961, sobre todo en el ámbito sancionatorio administrativo, como por lo demás resultaba natural, en vista de la ausencia de una norma que expresamente consagrase el derecho de la presunción de inocencia, se disiparon totalmente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la cual como afirmamos antes, contiene un precepto integral e integrador de un conjunto de derechos fundamentales

de los ciudadanos, al cual se le atribuye la denominación de **debido proceso**, y resulta vital para la defensa del derecho de libertad, concebido en sentido amplio. Decimos que es integral, porque contiene un conjunto de derechos-garantías, algunos de los cuales tienen un carácter sustantivo y adjetivo a la vez, y desde esta última perspectiva devienen en el instrumento básico para la defensa de cualquier otro derecho frente a los Poderes Públicos y a los particulares, e integrador, porque mediante el ejercicio concordado de todos esos derechos, no sólo se logra el pleno respeto a la libertad de los ciudadanos, sino que desde la perspectiva teleológica contribuye al logro gradual, pero efectivo, del deseado estado de derecho y de justicia proclamado en el artículo 2 de la Constitución.

Pues bien, el derecho al debido proceso debe ser percibido en el marco de esa concepción integral e integradora, la cual debería ser la que todo el tiempo presidiera su interpretación, bien como totalidad, o como equivalente a uno de los postulados fundamentales del Estado de derecho, bien parcialmente, cuando corresponda interpretar cada uno de los derechos autónomos que lo integran, y en esa línea argumental es menester recordar en todo momento que el texto de su encabezamiento impone la obligación de aplicarlo en todas y cada una de las actuaciones judiciales y administrativas; de allí pues, que la presunción de inocencia debe reputarse como uno de los derechos que integran el derecho al debido proceso, razón por la cual admite un examen, como ya afirmamos, como derecho autónomo, pero condicionado por la nota de integralidad que preside al precepto constitucional del cual forma parte.

2.3.2.7.5.3.2.2. **La regulación constitucional (art. 49, num. 2) y la regulación legal (art. 8 del Código Orgánico Procesal Penal).** Colocados en la posición hermenéutica anterior pasamos a examinar el numeral 2, del artículo 49, de la Constitución, consagratorio del derecho a la presunción de inocencia que prescribe:

Artículo 49. "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, en consecuencia:

1) *Omissis*

2) Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario".

Pero ese examen debe abarcar el precepto que en la esfera penal desarrolla el esquema constitucional transcrito, contenido el artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal, que estatuye:

Art. 8. "Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme".

Del análisis del dispositivo constitucional es posible inferir las siguientes conclusiones: a) queda clara la intención del constituyente de configurar a la presunción de inocencia como un verdadero derecho subjetivo o un derecho fundamental, motivo por el cual su violación puede ser denunciada en una acción de amparo a los efectos de lograr el restablecimiento de la situación jurídica infringida. La aludida claridad proviene del señalado carácter integral e integrador del precepto que contiene la disposición, pues cada uno de los numerales contiene un derecho, bien expresado directamente, como en el caso de los numerales 1, 2, 3 y 4, o indirectamente, como en el caso de los numerales 5, 6, 7 y 8, los cuales ciertamente no mencionan literalmente la palabra derecho al definir la situación jurídica, pero la lectura de esas definiciones, desde la perspectiva del ciudadano, revela en forma indudable la voluntad de la Constitución de conferirle el derecho, verbigracia, lo que ocurre con el denominado principio de legalidad sancionatorio, que sin mencionarlo confiere el derecho a no ser sancionados, sino en aquellos casos en que la conducta esté previamente contemplada en una ley como delito, falta o infracción. Igualmente, el numeral 2, admite la siguiente lectura: toda persona tiene el derecho a que sea presumida su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad, o lo contrario, como expresa la disposición.

b) El derecho de la presunción de inocencia que originalmente y durante mucho tiempo encontró sustentación en el ámbito del Derecho Penal, lo que originaba discusiones en torno a su aplicación en la esfera sancionatoria administrativa, en virtud de la inexistencia de una norma que así lo dispusiese, sin ninguna duda, a la luz del dispositivo constitucional bajo examen, se extiende a la potestad sancionatoria de la Administración Pública, lo que justo es reconocer ya había sido declarado en las pocas sentencias dictadas en la década del noventa del siglo XX, por los tribunales contencioso administrativos, porque así aparece establecido en forma categórica en el tantas veces citado encabezamiento del artículo 49 de la Constitución, que obliga a aplicar el debido proceso, en su perspectiva integral, que como hemos dicho abarca a todos y cada uno de los derechos que integran ese precepto, a todas las actuaciones judiciales y **administrativas**.

c) Aunque en términos muy lacónicos el precepto constitucional traza el esquema estructural sobre el cual se monta el derecho de la presunción de

inocencia, puesto que declara la necesidad de considerar inocente a toda persona, mientras no se demuestre lo contrario. Quizás hubiese sido preferible utilizar una terminología más técnica y más completa, en el sentido de especificar que toda persona investigada o inculpada por la comisión de un delito, falta o infracción, porque desde luego, esta presunción cobra sentido si un ciudadano se encuentra sometido a una investigación, porque si la persona no se encuentra en esa situación el precepto carece de relevancia; sin embargo, esa falta de especificación de ninguna manera le resta la fuerza normativa y filosófica al derecho. También desde el punto de vista técnico hubiera sido preferible sustituir la expresión "mientras no se demuestre lo contrario", por "mientras no se compruebe su culpabilidad". En todo caso, lo que queremos destacar es que la norma pese a las indicadas imperfecciones formales, diseña el derecho de la presunción de inocencia.

Una vez trazados por el texto constitucional los elementos básicos del contenido del derecho, el Código Orgánico Procesal Penal, en su artículo 8, lo desarrolla, ciertamente en la esfera penal, pero tal desarrollo aparte de las precisiones indicadas y de la utilización de los términos técnicos, alude al elemento extraprocesal o extraprocedimental en el caso de la potestad sancionatoria administrativa, que como ya señalamos comporta la obligación de darle al investigado en todo momento, tanto internamente, en el curso del procedimiento, como externamente, frente a la opinión pública, el tratamiento de inocente, y por consiguiente, esa situación impide que hasta tanto se demuestre su culpabilidad se le imponga cualquier tipo de sanción.

Resulta interesante la referencia que hace el artículo a la necesidad de demostrar la **culpabilidad mediante sentencia firme**, lo que evidentemente en el campo penal no genera ningún tipo de dudas, y resulta una consecuencia natural del derecho de la presunción de inocencia, pero en la esfera administrativa plantea el problema de la incidencia de este derecho en la potestad de autotutela reivindicada por la Administración a los fines de predicar la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos. Y como las sanciones son actos administrativos, queda por determinar si el derecho de la presunción de inocencia puede llegar a tener un efecto suspensivo inmediato por obra de la Constitución, originado en la interposición temporánea del recurso administrativo o contencioso administrativo por el interesado, pero este asunto lo revisaremos en el capítulo de las sanciones.

Cabe finalmente señalar que ni el dispositivo constitucional, ni el dispositivo legal señalan expresamente que la carga de la prueba corres-

ponde a quien acusa en el ámbito penal, o a la Administración Pública, pero parece lógico que no se requiera una disposición literal en ese sentido, pues toda persona que es llevada a juicio o que es sometida a un procedimiento sancionatorio, por supuesto que es a iniciativa de otro. Después de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, el Ministerio Público monopolizó el ejercicio de la acción penal, salvo aquellas pocas que deben iniciarse por acción privada; en consecuencia, le corresponde acusar, y por ende, él solamente tiene la carga de la prueba a los fines de demostrar la certeza de los hechos y la culpabilidad del imputado, configurándose de esa manera la señalada interdicción de exigirle la prueba de su inocencia (prueba diabólica).

Cuando sea la Administración que inicie un procedimiento sancionatorio de los contemplados en las muchas leyes sectoriales, bien de oficio, a requerimiento de otra autoridad o por denuncia, está obligada una vez abierto el expediente, a demostrar igualmente la certeza de los hechos constitutivos de la infracción y la culpabilidad del indiciado por haber cometido esa infracción, no pudiendo pretender que sea éste quien demuestre su inocencia, lo que no obsta para que pueda actuar en la fase probatoria a los fines de demostrar su inocencia, pues de lo que protege el derecho bajo examen, es de la pretensión de la Administración de imponerle al investigado que demuestre que no es culpable o que es inocente, pues perfectamente éste puede abstenerse de realizar toda actividad probatoria, y si la Administración no prueba en forma indudable que cometió la infracción deberá declararlo inocente, o exonerarlo de culpabilidad.

En fin, queda demostrado conforme a los razonamientos anteriores, que en Venezuela bastan los dos preceptos examinados, para sostener que es posible inferir de ellos que el derecho de la presunción de inocencia tiene las dos facetas indicadas en el Derecho comparado, la propiamente procesal o procedimental y la extraprocesal o extraprocedimental, respondiendo la primera a la estructura básica del derecho, por estar vinculada enteramente a la actividad probatoria, montada sobre la regla de que corresponde probar a quien acusa, y la segunda faceta relacionada con la obligación de darle al indiciado el tratamiento de inocente, es decir, de no autor o de no partícipe, con todas las consecuencias que ello implica. Por consiguiente, cabe concluir, que el derecho bajo examen contiene todos los atributos que han sido desagregados operacionalmente por la doctrina extranjera, y parcialmente recogidos por la jurisprudencia nacional, todos los cuales juegan en favor de la inocencia de los investigados o inculpados.

2.3.2.7.5.3.2.3. **El derecho de la presunción de inocencia en la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia**.

2.3.2.7.5.3.2.3.1. **Los lineamientos generales derivados de las sentencias dictadas por la Sala Constitucional**. La Sala Constitucional ha dictado entre los años 2000 y 2004 sólo tres sentencias que de manera directa abordan el examen del derecho de la presunción de inocencia, pero que, sin embargo, trazan algunos lineamientos generales sobre este derecho, recurriendo a tal fin, básicamente a la doctrina y a la jurisprudencia española, con la particularidad de que en las tres se repite la misma tesis. A continuación resumimos esos lineamientos generales: a) la presunción de inocencia de la persona investigada abarca cualquier etapa de los procedimientos de naturaleza sancionatoria tanto en el orden administrativo como judicial, por lo que debe darse al investigado sometido al procedimiento sancionatorio la consideración y el trato de no partícipe o autor en los hechos que se le imputan, hasta que finalice el procedimiento y se adopte la decisión sancionatoria.

b) El derecho de la presunción de inocencia impone garantizar al investigado el derecho a no ser objeto de una decisión, en la cual se le considere responsable, sin haber tenido una etapa previa de actividad probatoria sobre la cual el órgano sancionador fundamente un juicio razonable de culpabilidad. Esta fase constituye, como ya lo hemos afirmado, el núcleo estructural del derecho bajo examen, en virtud de que gira sobre la actividad probatoria, básicamente de la Administración, por corresponderle la carga de la prueba, y la del propio investigado.

c) Que la determinación de tales elementos de la presunción de inocencia requiere la tramitación de un procedimiento con tres fases mínimas, las cuales, siguiendo al autor español Parejo Alfonso, son identificadas como la de iniciación, a partir de indicios, la instrucción o probatoria y la resolutiva o decisiva, siendo ésta la única en la cual se puede desvirtuar la presunción de inocencia.

2.3.2.7.5.3.2.3.2. **Una visión crítica de los lineamientos jurisprudenciales**. En primer lugar observamos que en los fallos examinados el tratamiento que recibe el derecho de la presunción de inocencia, carece de la fuerza propia del mismo, la cual radica, como lo ha puntualizado acertadamente NIETO (1994), en la actividad probatoria y en la carga de la prueba de la Administración. En efecto, el esquema, en nuestro criterio, es muy simple: sin actividad probatoria, o actividad probatoria deficiente de la Administración,

debe mantenerse a todo evento la presunción de inocencia del investigado. Por supuesto, que el principio procedimental que informa a toda función pública, obliga a que esa actividad probatoria se encuentre insertada en un procedimiento especial, pues no es posible imaginársela fuera de ese contexto. Pero dicho requerimiento debe ser complementado con la exigencia –básica desde el punto de vista conceptual– relativa a que la Administración está obligada a demostrar la certeza de los hechos (infracción) y la certeza de la culpabilidad del investigado, por haber cometido esos hechos.

Por consiguiente, el indiciado puede perfectamente en la segunda fase a que aluden las sentencias, omitir todo tipo de actividad probatoria, e ignorar los cargos que se le formulan, los cuales en principio estarán fundados en indicios, sin que tal conducta afecte en lo más mínimo su derecho de la presunción de inocencia, pues quien debe probar plenamente la culpabilidad es la Administración acusadora; y en consecuencia, el investigado, no tiene ni obligación, ni carga de probar su inocencia, o si se quiere en términos de los fallos, de desvirtuar los cargos que se le han formulado, pues a nadie se le puede exigir esa especie de prueba diabólica, como es la concerniente a prueba de su inocencia.

Por lo tanto, en aras de acentuar el contenido garantístico de ese derecho, la Sala Constitucional debió enfatizar sobre el aspecto nuclear del mismo, para lo cual podía utilizar dos expresiones básicas: carga de la prueba e interdicción de la exigencia de la prueba de la inocencia (*probatio diabolica*). Ha de advertirse, que el hecho de que la Administración tenga la carga de probar, no significa de ninguna manera que el indiciado en el contexto del derecho bajo examen, esté impedido de realizar toda la actividad probatoria que considere conveniente, así como ejercer el control de las pruebas promovidas y evacuadas por la Administración, para la mejor defensa de sus intereses.

Por supuesto, que la posibilidad de realizar la mentada actividad probatoria es una facultad del indiciado, la cual se encuentra más vinculada, en estricta puridad conceptual, con el derecho a la defensa, inclusive se podría afirmar que constituye un atributo de él, que con el derecho de la presunción de inocencia, aunque ciertamente ambos derechos se encuentran estrechamente correlacionados. Así, por ejemplo, si en el curso de un procedimiento sancionatorio, la Administración se abstiene o se niega a evacuar las pruebas promovidas por el investigado, y únicamente evacua las promovidas por ella, y al concluir el procedimiento impone una sanción al

administrado, es evidente en ese caso infringiría directamente el derecho a la defensa, porque se le conculcó uno de los atributos básicos de dicho derecho, e indirectamente el derecho de la presunción de inocencia, porque el investigado sería sancionado con pruebas insuficientes.

En fin, consideramos que el contenido de los fallos analizados, pese a que alude a la actividad probatoria, condición subyacente a la presunción de inocencia, soslaya la importancia de la misma, sobre todo no llega a enfatizar sobre la carga de la prueba que *ope legis* tiene la Administración Pública, al punto que tal como aparecen redactados, pudieran dar la impresión de que se configura una situación en la cual la carga de probar es tanto de la Administración como del investigado.

En segundo lugar, observamos que si en el planteamiento sobre la actividad probatoria los fallos de la Sala Constitucional pueden conducir a que el contenido y la fuerza del derecho de la presunción de inocencia aparezcan disminuidos; en cambio, cuando aborda el tema de las fases del procedimiento sancionatorio, con la finalidad de formular la tesis de que en cualquiera de ellas el derecho bajo examen puede ser infringido, pareciera excederse en la protección del mismo. En efecto, esa es la tesis que se infiere de la primera sentencia, del 4 de agosto de 2001, cuando la Sala Constitucional declara sin lugar un recurso de apelación, y confirma una decisión dictada en ese sentido, en una acción de amparo, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Para la mejor comprensión del asunto pasamos a resumir la situación que origina la interposición del recurso de apelación, así como los fallos dictados. En primera instancia, el amparo fue planteado ante el mencionado órgano jurisdiccional por un ex gerente de la empresa estatal CADAFE, debido a que la Contraloría Interna de esa empresa le abrió una investigación administrativa y después de las actuaciones correspondientes, procedió a formularle cargos, y en el acta levantada a tal efecto quedaron recogidas expresiones como las siguientes:

"...por haber actuado negligentemente"; "el vicepresidente Ejecutivo de Finanzas arriesgó el patrimonio de CADAFE, no obrando con la diligencia acorde con su experiencia, investidura y responsabilidad"; "la negligencia de su actuación en perjuicio de CADAFE resulta evidente al no preservar los intereses de la empresa" "por la forma negligente e imprudente en que se realizaron esas inversiones"; "por lo que su conducta encuadra en hechos

generadores de responsabilidad administrativa previstos y sancionados en el artículo 41, numeral 8° de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en el artículo 113 numerales 3 y 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República".

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declaró con lugar el amparo, y decidió dejar sin efecto el acto de formulación de cargos y demás actos subsiguientes del procedimiento, emanados de la agraviante, asimismo ordenó a la agraviante que se inhibiese de la instrucción de la averiguación administrativa seguida al accionante, y a la Junta Directiva de dicha empresa estatal designar a un nuevo funcionario instructor, para que, una vez examinadas las pruebas que cursaban en el expediente de dicha averiguación administrativa, formulase cargos al accionante respetando su derecho constitucional de la presunción de inocencia.

La Sala Constitucional al confirmar la sentencia de primera instancia invocó los siguientes motivos fundamentales:

"...Así estima esta Sala acertado lo expresado al respecto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ya que es evidente que el derecho a la presunción de inocencia es susceptible de ser vulnerado por cualquier acto, bien sea de trámite o de mera sustanciación, o bien sea definitivo o sancionador, del cual se desprenda una conducta que juzgue o precalifique al investigado de estar incurso en irregularidades, sin que para llegar a esta conclusión se le dé a aquél la oportunidad de desvirtuar, a través de la apertura de un contradictorio, los hechos que se le imputan, y así permitírsele la oportunidad de utilizar todos los medios probatorios que respalden las defensas que considere pertinente esgrimir.

Es así como la iniciación del procedimiento debe hacerse de tal manera que al investigado se le permita, en la siguiente fase del proceso, desvirtuar los hechos de los que presuntamente es responsable, así como su posible calificación, ya que a quien corresponde probar su responsabilidad es a la Administración y no al indiciado su inocencia.

En la segunda fase, tales cargos deben ser notificados al sujeto indiciado para que éste ejerza su derecho a la defensa. Igualmente, en dicha fase deberá la Administración, a través de medios de prueba concretos, pertinentes y legales, atendiendo a las razones y defensas expuestas por el sujeto indiciado, determinar, definitivamente, sin ningún tipo de duda, la culpabilidad del sujeto indiciado. Esta fase –fundamental por demás– fue omitida en el presente caso, ya que el demandante nunca tuvo oportunidad

de desvirtuar las irregularidades que de antemano le fueron imputadas y dadas por probadas. Y de haberse efectuado, su defensa no habría tenido sentido, ya que la Administración anticipadamente determinó o concluyó en su responsabilidad en irregularidades tipificadas en la Ley, por lo que su defensa habría consistido en demostrar su inocencia, en lugar de desvirtuar las irregularidades que se le imputan, lo que contraría el derecho constitucional a ser presumido inocente".

Nótese, entonces que el derecho constitucional a la presunción de inocencia, sólo puede ser desvirtuado en la tercera fase, esto es, cuando se determina definitivamente la culpabilidad del sujeto incriminado, luego de un procedimiento contradictorio. **Por el contrario, si en la primera o segunda fase, la Administración determina, preliminarmente, que el sujeto investigado, en efecto, infringió el ordenamiento jurídico, y con prescindencia de procedimiento alguno, concluye en la culpabilidad del indiciado, se estaría violando, sin duda alguna, el derecho constitucional a la presunción de inocencia. En consecuencia, la Sala comparte el criterio sostenido en este sentido por el *a quo***".

Hemos transcrito ese largo párrafo de la sentencia, por considerarlo necesario a los fines de que los lectores puedan evaluar el análisis que a continuación realizaremos del asunto, y en tal sentido observamos que la Sala comienza por preguntarse si el derecho de la presunción de inocencia puede violarse en cualquiera de las fases del procedimiento sancionatorio, o sea, las de iniciativa, de sustanciación o de decisión; y en consecuencia, si puede ser infringido mediante un acto de trámite o un acto definitivo, y llega a la conclusión, como se desprende del texto transcrito, que esa lesión se puede producir en cualquiera de esas fases, sea mediante un acto de trámite o definitivo, según el caso.

Al respecto, pensamos que la Sala asumió una posición excesivamente garantista, lo que en principio es positivo para los ciudadanos, pero en este caso errónea, porque dejó de lado el núcleo esencial del contenido del derecho, que insistimos con Nieto, no es otro que la actividad probatoria y la carga de probar de la Administración Pública, cuya inexistencia o existencia parcial o insuficiente, sólo puede ser constatada, a diferencia de lo que se sostiene en el fallo, en la última fase del procedimiento, esto es, en la decisoria. En efecto, cuando se formulan cargos y se incurren en los errores contenidos en el acta antes transcrita, o sencillamente se evita señalar que el investigado **presuntamente** cometió uno o varios ilícitos administrativos, o cuando el jerarca declara a los medios de comunicación,

antes o inmediatamente a la formulación de los cargos, y en los mismos se pronuncia sobre la culpabilidad de un investigado, por tratarse de una fase diferente a la mencionada, cuando todavía no se ha iniciado la actividad probatoria, no resulta posible, en estricto rigor, violar al derecho de la presunción de inocencia.

Los referidos ejemplos surgen de los procedimientos sancionatorios iniciados durante los años noventa y noventa y siete, en los casos de los denominados auxilios financieros, en las investigaciones abiertas por la Contraloría General de la República, contra la Superintendencia de Bancos y los miembros del Directorio del Banco Central de Venezuela, y el funcionario sustanciador al formular los cargos omitió utilizar las palabras "presuntamente" o "presunto" al referirse a los hechos cometidos por los investigados, o cuando el propio Contralor General de la República al dar una declaración de prensa al parecer se pronunció sobre la culpabilidad de un Ministro en las famosas "colitas" de PDVSA. En todos esos casos los Tribunales, al igual que ahora, acordaron el amparo porque según las respectivas sentencias había sido violada la presunción de inocencia.

Pues bien, es lo cierto que en esos casos de errores en la calificación de la conducta del indiciado de negligente o imprudente y su encuadramiento en los correspondientes dispositivos, como quedó recogida en el acta transcrita precedentemente, hubiera bastado colocarle adelante las palabras presuntas o presuntos, para que el acta careciese de defectos y errores, razón por la cual el investigado no hubiese podido invocar la violación del referido derecho de la presunción de inocencia, por parte de la Contralora Interna de Cadafe. En ese orden de razonamiento nos preguntamos entonces, ¿acaso un derecho constitucional de tanta trascendencia se puede considerar infringido, únicamente porque un funcionario omita en un acto de sustanciación (trámite) las indicadas palabras?

Por supuesto, que si se atiende al referido contenido esencial de ese derecho, la respuesta tiene que ser categóricamente negativa, sobre todo si se tiene en cuenta el principio de la primacía del contenido sustancial de los actos del proceso sobre las formalidades, recogido en el artículo 257 de la Constitución, válido formalmente para la justicia impartida por los Tribunales, pero nada obsta para predicar su aplicación es la esfera de la **justicia administrativa**, como es el caso de la derivada del ejercicio de la potestad sancionatoria por los órganos de control fiscal.

Pero además tiene que ser negativa, porque es a partir de dicho acto de formulación de cargos cuando debe desencadenarse **toda la actividad probatoria que está obligada a realizar la Administración**, y aquella para la que está facultado el investigado para tratar de desvirtuar los cargos. Después de transcurrida esa fase probatoria básica –insistimos– y se pasa a la fase decisoria, es cuando se puede ciertamente determinar, si se violó o si se destruyó la presunción de inocencia.

Esta afirmación cobra mayor fuerza, si se toma en cuenta que en general los actos de sustanciación son atribuidos a unos funcionarios, y la decisión a otros, como era precisamente lo que ocurría con los contralores internos durante la vigencia de la Ley de la Contraloría General de la República derogada, pues sólo les correspondía iniciar y sustanciar las averiguaciones administrativas, en virtud de que la decisión correspondía dictarla al máximo jerarca administrativo: Ministro, Junta Directiva de la empresa estatal, Presidente de Instituto autónomo, etc. Por otro lado, cabe hacer notar, que si un funcionario instructor incurre en el mentado error, lo que resulta infringido es el principio de imparcialidad que informa a toda la función administrativa, y con mayor razón a la función contralora, según lo pautado en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y en el 12 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, y en esa hipótesis el primer texto trae el correctivo a través de la figura de la inhibición.

De modo, pues, que en esos casos de lo se que trataba era de un adelanto de opinión sobre el fondo del asunto debatido que se encontraba apenas en la fase intermedia del procedimiento, puesto que era a partir del acto de formulación de cargos, cuando durante la vigencia de la ley derogada se abría un período de cuarenta y cinco días hábiles, en el curso del cual la Contraloría estaba obligada a realizar la actividad probatoria, sujeta desde luego, al control del investigado, y éste facultado para promover y solicitar la evacuación de las pruebas que considerare convenientes a sus intereses; de allí que en esa fase no resultaba posible de ninguna manera infringir el derecho de la presunción de inocencia, porque si la tesis manejada por la Sala Constitucional fuera correcta, entonces habría que admitir con mayor razón, que cuando un juez adelanta opinión sobre el fondo del asunto debatido, porque el instructor no decide, que infringe el derecho bajo examen, y de todos es conocido que en esa hipótesis se trata de un trámite procesal, que se resuelve mediante las figuras de la inhibición y de la recusación.

Por consiguiente, resulta erróneo predicar la posibilidad de que se infrinja el derecho de la presunción de inocencia en la fase de formulación de cargos en un procedimiento sancionatorio, porque el instructor al imputar los cargos al investigado omita la palabra presunto o presuntamente, ya que en esa hipótesis, ese error resulta equivalente a un adelanto, además relativo de opinión, porque al final al instructor no le corresponde decidir, pero desde luego, que si se considera que tiene una opinión formada, se corre el riesgo de que en esa fase transgreda el principio de imparcialidad que debe caracterizar a sus actuaciones, e inclusive al equipar ese error al adelanto de opinión quedará en evidencia que violó el referido principio, y se impone, acudir a los correctivos legales antes señalados, formulando la solicitud de inhibición en los términos contemplados en los artículos 36 y siguientes de la LOPA, de tal manera que, en nuestro criterio, al no infringirse el derecho de la presunción de inocencia en esa fase, resulta improcedente la acción de amparo, e inclusive en el supuesto de que se admita la tesis de la Sala Constitucional, su ejercicio resulta prácticamente inútil, y atenta contra el hoy más necesitado que nunca principio de economía procesal.

Nuestra afirmación sobre la inutilidad práctica de la acción de amparo queda plenamente demostrada en el propio fallo de la Sala Constitucional, pues al limitarse a confirmar la sentencia de primera instancia, no hizo más que solucionar el caso, en forma por lo demás idéntica, a como podría, o mejor debería haberlo resuelto la Junta Directiva de CADAFE, si el investigado ante los términos recogidos en el acta de formulación de cargos, hubiese solicitado temporáneamente la inhibición de la Contralora Interna; y en consecuencia, la nulidad del acto de cargos, pues esa fue precisamente la decisión, como quedó demostrado anteriormente, de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, confirmada integralmente por la Sala Constitucional, en virtud de que ordenó la inhibición de la referida funcionaria, declaró la nulidad del acto de cargos y de los actos subsiguientes, y ordenó a la Junta Directiva de la empresa designar a otro funcionario, para que con vista a las actas del expediente formulase nuevamente los cargos, omitiendo las calificaciones señaladas y utilizando –añadimos nosotros– acertadamente los términos “presunta” y “presunto”.

Cabe finalmente destacar que el argumento de la Sala relativo a que en los casos indicados –y concretamente en el que es objeto de la sentencia examinada– se declara culpable a los investigados sin haberse cumplido el procedimiento, y en definitiva sin contradictorio, revela una visión completamente errónea de la situación, en primer lugar, porque el órgano sustanciador

(Contralora Interna) carecía de competencia para declarar la culpabilidad, y como es conocido por todos ningún acto de sustanciación, aunque se trate del de formulación de cargos puede equiparse a una decisión definitiva de culpabilidad, máxime si la misma está expresamente prevista en la Ley, como ocurría en la derogada LOCGR, para ser dictada por el máximo jerarca en la tercera fase; y en segundo lugar, porque no es cierto que bastaba esa declaración para poner fin al procedimiento, dado que de conformidad con la LOCGR derogada, después de esa declaración, se abría una fase de sustanciación de cuarenta y cinco días, durante los cuales podían promoverse y evacuarse todas las pruebas que se consideraren convenientes; de modo, pues, que en ese caso y en casos similares la declaración errónea en los términos indicados, no puede poner fin legalmente al procedimiento, y consecuencialmente tampoco el investigado puede ser declarado culpable.

Por tanto, –insistimos– que en esa fase (intermedia o segunda) del procedimiento, no es posible predicar la violación del derecho de la presunción de inocencia, lo que sí podría ocurrir hipotéticamente cuando en una investigación se pasase de la fase de iniciación, inclusive de la fase intermedia cumplido únicamente el acto de formulación de cargos, a la fase decisiva, sin que se produjese ninguna actividad probatoria por la Administración, y se produjese una decisión de culpabilidad, en virtud de que habría sido declarado culpable el investigado, sin la Administración haber probado ni la certeza de los hechos constitutivos de la infracción, ni la culpabilidad del investigado. Pero desde luego, esta situación es absolutamente distinta a la ejemplificada en la sentencia, porque el procedimiento continuó al punto que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia confirmada por la Sala, ordenó anular los actos posteriores al de formulación de cargos, todos los cuales, como es dable imaginarse estaban referidos a la actividad probatoria.

Por otro lado, resulta muy importante destacar que no pareciera posible relacionar el efecto extraprocesal o extraprocedimental del derecho bajo examen, esto es, el tratamiento de no autor o de no partícipe del investigado que debe dársele al investigado, con la tesis de que el derecho de la presunción de inocencia puede ser infringido en las fases de iniciación y de sustanciación del procedimiento sancionatorio, pues ese tratamiento, como es obvio, carece de efectos procedimentales, y el efecto verdadero del mismo, como señala Nieto, tiene que ver esencialmente con el "extremo que, como puede suponerse, afecta directamente a la capital cuestión de la ejecución de las sanciones antes de haber sido declaradas firmes o confirmadas en la vía judicial...".

En fin, desde el punto de vista conceptual sólo es posible **desvirtuar la presunción inocencia en la tercera fase del procedimiento, o sea, aquella en la que se dicta la decisión, igualmente sólo es posible predicar la violación del derecho de la presunción de inocencia al concluir esa fase**, sin que los efectos extraprocesales de este derecho puedan esgrimirse a los fines de tratar de justificar la tesis de que el derecho de la presunción de inocencia puede ser violentado en fases distintas a la tercera del procedimiento; de allí que, en nuestro criterio, las sentencias de la Sala Constitucional estén afectadas por el indicado error.

2.3.2.7.5.3.3. **La presunción de inocencia y la carga de impugnar y la carga de probar**. Como afirma SANTAMARÍA (1999), la Administración frente a la consagración constitucional del derecho de la presunción de inocencia ha intentado disminuir e inclusive desvirtuar su contenido, debido a las "considerables dificultades que ofrece la prueba de los hechos presuntamente ilícitos; los deficientes medios informativos de la Administración unidos al carácter masivo de las actuaciones sancionadoras y, sobre todo, a la evanescencia de muchas de las conductas sancionables: ¿cómo probar que un vehículo pisó la línea continua si no se dispone de una fotografía?". En esos intentos ha acudido a diversos mecanismos, todos los cuales apuntan a reducir la carga probatoria de la Administración, llegando inclusive hasta postular su eliminación, al afirmar que corresponde al investigado probar su inocencia.

Como es posible imaginarse ante la consagración de este derecho en forma tan contundente en las Constituciones, todos esos intentos han fracasado; no obstante, todavía en algunos ordenamientos continúa presente la confusión entre la carga de impugnar y la carga de probar, originada en la presunción de legitimidad de que están dotados los actos administrativos. La confusión radica en que cuando la Administración dicta, por ejemplo, el acto sancionatorio, al estar revestido de la mencionada presunción, si el sancionado quiere evitar que el acto adquiera firmeza, y se torne inimpugnable tanto en sede administrativa como jurisdiccional tiene la carga de impugnar, a los efectos de desvirtuar la referida presunción que tiene carácter *iuris tantum*.

Sin embargo, resulta fundamental establecer la diferencia entre esa carga, cuando se trate de un acto sancionatorio, y la carga de probar, que como hemos afirmado, constituye el núcleo esencial del derecho de la presunción de inocencia, que continúa siendo de la Administración, pues si

esa diferencia no es clara tanto para los administrados como para la propia Administración, puede ocurrir, como ha ocurrido muchas veces en Venezuela, que se pretende confundir a la presunción de legitimidad o validez de los actos administrativos, con la presunción de veracidad de los hechos en él declarados, invirtiendo de esa manera inconstitucionalmente en el caso de los actos sancionatorios –insistimos– la carga de la prueba, pues dando por cierto que los hechos declarados en el acto sancionatorio que resulta impugnado, son veraces, entonces corresponderá al administrado demostrar lo contrario.

Por lo tanto, no vale según el contenido del derecho de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 49, numeral 2, cuando se impugna un acto sancionatorio, bien en sede administrativa o en sede jurisdiccional, que la Administración invoque la presunción de legitimidad o validez del acto impugnado, pues debe entenderse que al cumplir con la carga de impugnación en ese caso, el interesado en su recurso expresa o tácitamente lo que está cuestionando es que la Administración haya logrado con su actividad probatoria desvirtuar la presunción de inocencia, razón por la cual sea en sede administrativa, o en sede jurisdiccional, la Administración continúa con la carga de la prueba, al extremo que bastará al sancionado con interponer el recurso, sin realizar ninguna actividad probatoria, para que el Tribunal si encuentra elementos de convicción para llegar a la conclusión de que la Administración no probó ni la certeza de los hechos ni la culpabilidad del sancionado, o por lo menos esta última, declare con lugar el recurso.

Por supuesto, reiteramos, que lo natural es que el recurrente haga uso de la facultad que tiene para producir, promover y evacuar pruebas tendentes a desvirtuar los fundamentos de la decisión sancionatoria; de allí entonces, la importancia de diferenciar, cuando se trate de actos sancionatorios, entre la carga de impugnar y la carga de probar.

También se ha discutido bastante si las actas, por ejemplo, de fiscalización, o los informes de auditoría de los órganos de control fiscal tienen valor probatorio, precisamente por ser actos preparatorios que también están dotados de la presunción de legitimidad, y al respecto ha señalado la doctrina que efectivamente tienen valor probatorio, pero nunca valor de plena prueba, razón por la cual pueden ser desvirtuados por cualquiera de los medios de prueba admitidos por el ordenamiento jurídico, e inclusive el Juez deberá apreciarlos conforme a la regla de la sana crítica.

2.3.2.7.6. **El principio del *non bis in ídem***.

2.3.2.7.6.1. **La autonomía de las potestades punitivas penales y administrativas y el *non bis in ídem***. Tal como señalamos en el capítulo I de este trabajo, la potestad sancionatoria de la Administración Pública fue desarrollándose en forma legal o paralegal al lado de la potestad punitiva penal, siendo ésta la que después de la Revolución Francesa va a ser sometida al principio de legalidad, concebido –reiteramos– como un conjunto de garantías de la libertad personal frente al *ius puniendi* estatal, incluyéndose entre ellas, la prohibición de sancionar dos veces a una persona por los mismos hechos, mejor conocida con la expresión latina *non bis in ídem*. Por consiguiente, si desde antaño no existe ninguna duda acerca de la validez de esta prohibición en la esfera del Derecho Penal, al punto que ha sido elevada por una parte de la doctrina a la categoría de principio general de derecho, el problema surge cuando en el curso del referido paralelismo que se configura en el ejercicio de la potestad punitiva penal y la administrativa, dos normas califican unos mismos hechos como delitos e infracciones, estableciendo las correspondientes penas y sanciones.

Frente a ese problema durante mucho tiempo privó el criterio de soslayar el principio del *non bis in ídem*, y en consecuencia admitir la compatibilidad de la imposición de las dos sanciones (una penal y otra administrativa) a una persona por haber cometido los mismos hechos. Para sustentar esta tesis se esgrimió el argumento relativo a la existencia de dos ordenamientos distintos: uno penal y otro administrativo, cada uno de los cuales resultaba infringido por los referidos hechos, razón por la cual se consideraba legítimo duplicar las sanciones: una penal y otra administrativa; y por ende, el sometimiento del investigado a dos procedimientos simultánea o sucesivamente, sin que en ese caso obviamente la prejudicialidad resultase relevante, lo que inclusive podría originar decisiones contradictorias, ya que en un ordenamiento el investigado podía ser considerado inocente, y en el otro culpable.

Cabe advertir que esta tesis comenzó a ser cuestionada muy tímidamente por la jurisprudencia de varios países sobre la base de la prohibición válida en el orden penal, conceptuada como principio general del derecho, a los fines de utilizarla como instrumento interpretativo en la solución de determinados casos. No obstante, debe reconocerse que se trató de esfuerzos jurisprudenciales aislados, pues la indicada postura era rechazada por la mayoría de los tribunales, y no es hasta que se comienza a constitucionalizar

la potestad sancionatoria de la Administración, cuando se inicia una fuerte corriente doctrinaria y jurisprudencial que basada en el carácter único del *ius puniendi* del Estado, logra imponer, con matices, la prohibición de la doble imposición de sanciones penales y administrativas por los mismos hechos.

2.3.2.7.6.2. **El fundamento del *non bis in ídem***. Como es posible imaginarse siendo este principio un atributo del principio de legalidad penal, su fundamento filosófico reside en la idea de justicia, acuñada frente a la arbitrariedad del Estado Absoluto, por los teóricos de la Ilustración, pues repugnaba a dicha concepción la posibilidad de que un ciudadano pudiera ser sancionado dos veces por los mismos hechos. En tal sentido afirma Nieto (1994), citando una sentencia del Tribunal Supremo español del 24 de marzo de 1971, que ese fundamento filosófico "se concreta en una manifestación técnico-cultural (la cosa juzgada)", cuyos efectos positivos y negativos impiden "que pueda seguirse y decidirse un proceso posterior cuando se haya resuelto con firmeza un proceso anterior".

Por supuesto, que ese fundamento jurisprudencial y doctrinario puede encontrar recepción expresa en el derecho positivo, como ocurre en la Constitución de 1999, cuyo artículo 49, numeral 7, expresa contundentemente que ninguna persona puede ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente, pero también la recepción puede ser implícita y derivarse como lo hizo el Tribunal Constitucional español del artículo 25.1 de la Constitución de ese país, que consagra el principio de legalidad sancionatorio, en tanto en cuanto resulta contrario al mismo la imposición de dos sanciones del mismo ordenamiento o de distintos ordenamientos por los mismos hechos, e igualmente contrario a los requerimientos de proporcionalidad y seguridad jurídica implícitos en el mencionado principio.

Sea que el fundamento resida en una norma expresa del ordenamiento, o en una norma implícita, o en la tesis del principio general del derecho, lo cierto es que actualmente la incompatibilidad entre sanciones administrativas y penales tiende a imponerse, con matices, en casi todos los países regidos por el denominado sistema continental de derecho, pero debe reconocerse que aún subsisten serias ambigüedades doctrinales y jurisprudenciales, básicamente originadas en las excepciones a la misma, las cuales a la postre siguen encontrando su basamento en la autonomía de los dos ordenamientos, ahora bajo la denominación de la "diferencia de los intereses protegi-

dos" por cada norma que tipifica el respectivo delito o infracción, así como en las relaciones de sujeción especial.

2.3.2.7.6.3. **La dimensión sustantiva y adjetiva del *non bis in ídem*.** Aparte del fundamento del *non bis in ídem* existe consenso acerca de su dimensión sustantiva o material, que se traduce en términos generales en la prohibición de imponer dos sanciones del mismo orden o de distintos órdenes, cuando concurra la identidad de sujeto, de hecho y de fundamento, en el mismo o en diferentes procedimientos, salvo las excepciones que se admiten en algunos ordenamientos. De modo, pues, que se trata, en primer lugar, de una interdicción casi absoluta de imponer más de una sanción a una persona, cuando exista identidad de sujeto, de hechos y de fundamento. En segundo lugar, esa prohibición se extiende a las sanciones impuestas por la misma clase de autoridades, de tal manera que no podrán ser impuestas a la persona válidamente dos o más sanciones penales, ni tampoco dos o más sanciones administrativas, pero igualmente la interdicción operará para la acumulación de dos o más sanciones administrativas y penales, siempre que concurra la indicada identidad; en tercer lugar, a los fines de tornar efectiva la prohibición, resulta irrelevante que dichas sanciones pretendan ser el resultado de uno o de varios procedimientos, y en cuarto lugar, los ordenamientos suelen admitir excepciones a esa prohibición.

El esquema anterior demuestra la sencillez de la regla del *non bis in ídem* desde el punto de vista material o sustantivo, y su aplicación no debería generar problemas, salvo los que pueden surgir de las indicadas excepciones, en consideración a su tenor doctrinal, jurisprudencial o de derecho positivo, porque al fin y al cabo esta dimensión del principio cobra plena virtualidad, porque ella implica la interdicción de "sancionar lo ya sancionado", como afirma GARBERI LLOBREGAT (1998). En cambio, la dimensión procesal o procedimental, puede suscitar varios problemas, debido a que la tendencia es a recoger el principio en los ordenamientos positivos en la señalada perspectiva material o sustantiva, que por cierto no es el caso venezolano, omitiendo toda referencia a la dimensión adjetiva, esto es, a la prohibición o no prohibición del doble procesamiento sucesivo o simultáneo por los mismos hechos, o dicho en otros términos, si deben abrirse o no dos procedimientos sancionatorios, uno administrativo y otro penal, por los mismos hechos.

La solución a esos problemas pareciera en el estado actual de la situación seguir la senda trazada por el Derecho Procesal Penal, que se

orienta por la total prohibición del enjuiciamiento sucesivo de los mismos hechos, aunque el primer proceso haya concluido con una sentencia absolutoria, razón por la cual este efecto procesal impedirá la doble penalización. Inclusive pareciera que esa es la idea que orienta el Código Orgánico Procesal Penal venezolano, que preceptúa en su artículo 20: "Nadie debe ser perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho. Sin embargo, será admisible una nueva persecución penal: 1. Cuando la primera fue intentada ante un tribunal incompetente, que por ese motivo concluyó el procedimiento; 2. Cuando la primera fue desestimada por defectos en su promoción o en su ejercicio".

En efecto, la lectura del dispositivo transcrito revela que en materia penal no resulta admisible el doble enjuiciamiento, independientemente del resultado del primer juicio, puesto que las excepciones que contempla giran exclusivamente en torno a razones de inadmisibilidad originadas en errores formales contenidos en la primera persecución.

Pues bien, si esa es la tesis prácticamente indiscutible que priva en el ámbito procesal penal, la misma no encuentra aplicación cuando se produce la concurrencia de normas que tipifican delitos e infracciones administrativas, pues en esa hipótesis suele admitirse en muchos ordenamientos el doble procesamiento, o mejor dicho el procesamiento sucesivo, sobre la base de distintas motivaciones, pero la más común es la necesidad de subordinar la Administración Pública en el ejercicio de su potestad sancionatoria, a los tribunales penales. Partiendo de esa premisa, los efectos procesales del *non bis in ídem* pueden resumirse así:

a) Se impone la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio, hasta tanto el Tribunal penal dicte sentencia; b) la Administración queda vinculada por los hechos declarados probados en la sentencia judicial. Por supuesto que esto ocurrirá cuando el referido fallo sea absolutorio, pues a partir de su publicación permitirá que la Administración continúe el curso del procedimiento paralizado, realizando la evaluación de los hechos declarados probados, a la luz del ordenamiento correspondiente, y desde luego de los intereses tutelados con la norma que configura la infracción, pudiendo por consiguiente declarar la culpabilidad del investigado, e imponerle la sanción correspondiente, sin que en ese caso se produzca la violación del *non bis in ídem,* porque al final la persona es sancionada una sola vez.

c) A la luz de la consideración procesal anterior la cosa juzgada derivada de la sentencia absolutoria proferida por el Tribunal no surte sus efectos negativos (prohibición de un nuevo pronunciamiento sobre los mismos hechos, en virtud de que existe uno anterior), pues la Administración debe continuar el procedimiento sancionatorio suspendido; y d) en la hipótesis de que el tribunal penal dicte una sentencia condenatoria, la Administración queda vinculada por la misma, o sea, por los efectos negativos de la cosa juzgada, y por lo tanto, el expediente sancionatorio paralizado debe ser archivado, consumándose de esa manera la "ratio" del principio del *non bis in ídem,* en virtud de que el investigado, ya no podrá ser sancionado una segunda vez (administrativamente).

2.3.2.7.6.4. **El principio del *non bis in ídem* en el ámbito exclusivamente administrativo**. Ya hemos señalado que en la esfera penal, los efectos materiales y procesales del *non bis in ídem* no generan ningún tipo de problemas, y quizás en ello juegue un papel relevante la antigua data, por lo demás indiscutida, del principio de legalidad penal, del cual como se sostiene la prohibición bajo examen constituye un atributo. Cabe recordar que en ese contexto el referido principio responde a la siguiente regla de funcionamiento: desde el punto vista sustantivo existe una absoluta incompatibilidad para sancionar más de una vez a una persona por los mismos hechos, y desde el punto vista procesal también se configura una incompatibilidad para enjuiciar dos veces, aunque sea en forma sucesiva a la misma persona, por los mismos hechos, aun cuando el primer juicio haya concluido con una sentencia absolutoria.

Pues bien, el intento de trasladar esas premisas interpretativas al ámbito administrativo suscita problemas interpretativos; no obstante, la doctrina mayoritaria coincide en la prohibición de aplicar dos sanciones administrativas (efecto material), en el sentido de que por ejemplo un funcionario administrativo por un mismo hecho pueda ser sancionado disciplinaria y administrativamente, en el mismo o en distintos procedimientos. Insistimos en que si bien el asunto admite discusión, la tesis indicada se ha impuesto doctrinaria y jurisprudencialmente.

En cambio, la situación parece complicarse cuando se pretende aplicar la tesis de los efectos procesales, pues existen dudas acerca de la procedencia o la improcedencia de la apertura de dos procedimientos simultáneos administrativos, porque los hechos constituyan infracciones tipificadas en distintas leyes administrativas; pero sobre todo, lo que suscita mayor

discusión es el efecto negativo de lo que suele denominarse erróneamente "cosa juzgada administrativa", esto es, que si una vez declarada una persona culpable en uno de los dos procedimientos abiertos simultáneamente, e impuesta la correspondiente sanción, el otro debe declararse terminado, a los fines de evitar la eventual aplicación de una nueva sanción.

Ante esa problemática pensamos que si el núcleo del principio del *non bis in ídem* radica en la incompatibilidad de aplicar dos o más sanciones, independientemente de su naturaleza, pero en el caso que nos ocupa administrativas, el efecto procesal del mismo debería impedir, pese a la concurrencia de normas tipificantes de infracciones por los mismos hechos, que se abrieran simultáneamente dos procedimientos sancionatorios, e inclusive la prohibición, al igual que ocurre en la esfera penal, debería extenderse a la apertura de un procedimiento sucesivo si el resultado del primero se traduce en una decisión absolutoria, o lógicamente en una decisión sancionatoria.

Para intentar sostener esta tesis consideramos conveniente acudir a un argumento similar al utilizado por los Tribunales españoles para vincular a los órganos administrativos a los hechos declarados probados por los tribunales penales, cuando afirman que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para distintos órganos del Estado. La similitud o equivalencia que proponemos se traduciría en la afirmación de que para dos órganos distintos de la misma Administración, la imputación de los mismos hechos a una persona, no deberían arrojar resultados diferentes, o mejor contradictorios, si el interés tutelado es el mismo: el interés general o público, de tal manera que el contexto de esta posición, debe admitirse que una vez declarada inocente la persona, tal declaratoria debe surtir sus efectos sobre el procedimiento abierto por el otro órgano, que debe declararlo terminado, y con mayor razón si la declaratoria es de culpabilidad.

Sin embargo, reconocemos que la tesis propuesta, en el caso de la decisión de inocencia, a diferencia de la hipótesis de la culpabilidad, no encuentra sustentación en la dimensión material del principio bajo examen, porque la continuación del segundo procedimiento, en ningún caso dará lugar a la imposición de dos sanciones administrativas. En cambio, encontraría indudablemente esa fundamentación, sólo si la prohibición recayera sobre el doble enjuiciamiento, y no sobre la duplicación de sanciones.

2.3.2.7.6.5. **El principio del *non bis in ídem* en el ámbito penal y administrativo (sanciones penales y administrativas)**. En esta hipótesis rige la

dimensión material o sustantiva del principio, en razón de que se prohíbe la duplicación de sanciones administrativas y penales, pero con la particularidad de que se condiciona la efectividad de la prohibición a que se configure la identidad en el sujeto, en los hechos y en el fundamento. Por otro lado, en este caso no es posible que los hechos puedan ser apreciados de manera contradictoria por los Tribunales y los órganos administrativos, pues como ya indicamos primará en ese sentido la declaración contenida en la sentencia de los primeros; además de que en tal primacía juega un papel importante el elemento cronológico, derivado de la superioridad de los tribunales sobre la Administración, de tal manera que debido a esa situación los órganos administrativos cuando estimen que los hechos constitutivos de la infracción administrativa pueden configurar faltas o delitos, deben remitir los recaudos al tribunal, antes de iniciar el procedimiento sancionatorio, y si ya lo han iniciado deben paralizarlo hasta tanto se produzca la sentencia penal.

Por tanto, en la concurrencia de normas que tipifiquen los mismos hechos como delitos e infracciones, no está prohibido el doble procesamiento o enjuiciamiento, ya que en esa línea conceptual resulta válida la afirmación del Tribunal Supremo español relativa a que el "*non bis in ídem* no impide que sea compatible la licitud penal y la ilicitud administrativa", por supuesto –reiteramos nosotros– siempre y cuando el segundo enjuiciamiento, el sucesivo, sea el administrativo.

Es necesario insistir en la vinculación de la Administración –en la hipótesis de procedimientos administrativos sancionatorios sucesivos– a los hechos declarados probados por los tribunales penales, y a tal efecto consideramos muy importante la sentencia dictada por el Tribunal Supremo español el 19 de abril de 1999, en la cual se recogen las diversas hipótesis relacionadas con tal situación, a saber: "a) si el Tribunal penal declara inexistentes los hechos, no puede la Administración imponer por ellos sanción alguna; b) si el Tribunal declara la existencia de los hechos pero absuelve por otras causas, la Administración debe tenerlos en cuenta y, valorándolos desde la perspectiva del ilícito administrativo distinta de la penal, y c) si el Tribunal constata simplemente que los hechos no se han probado, la Administración puede acreditarlos en el expediente administrativo, y, si así fuera, sancionarlos administrativamente".

Hemos transcrito textualmente el párrafo de la antes identificada sentencia porque propone soluciones, por demás sencillas e integrales, a las situaciones que pueden presentarse cuando se admite, como debe ser, en

nuestro criterio, que la declaración sobre los hechos emanada del Tribunal penal, tenga efectos vinculantes sobre las eventuales posteriores actuaciones sancionatorias de la Administración. Ahora bien, aunque pareciera ilógico podría ocurrir que unos mismos hechos calificados como delito e infracción, sean conocidos y sancionados primero por la Administración, y posteriormente sancionados por el Tribunal penal. Y en ese caso cabría preguntarse ¿cómo operaría la prohibición de la duplicación de sanción? Todo apunta, a que si en un ordenamiento los efectos procesales del *non bis in ídem*, en caso de sanciones penales y administrativas, están montados sobre la superioridad de los tribunales penales sobre la Administración, deba declararse nula la primera sanción impuesta por la Administración.

De todas maneras conviene señalar que esa no fue la posición asumida por el Tribunal Constitucional español en una sentencia dictada en 1999, cuando expresó, con el voto particular o salvado de su presidente y de otro magistrado, que "la previa imposición de una sanción administrativa excluye la posterior sanción penal, siempre que concurra la triple identidad conocida, y salvando el caso de las relaciones especiales de sujeción, al igual que, como venía siendo pacíficamente admitido, la previa sanción penal excluye la posterior sanción administrativa".

2.3.2.7.6.6. **Las excepciones al principio del *non bis in ídem* (las relaciones de supremacía especial)**. La prohibición categórica de la duplicación de sanciones administrativas y penales, ha conducido a la doctrina y a la jurisprudencia a postular una excepción a dicha regla, en aquellos casos en que media una relación de supremacía especial entre la Administración y el investigado, de tal manera que éste puede ser sancionado tanto penal como administrativamente, sin que se produzca lesión alguna a la prohibición del *bis in ídem.* Sin embargo, cabe destacar que en los primeros tiempos en que se plantea esta tesis, que dicho sea de paso ha llegado a ser recogida en instrumentos normativos, bastaba que existiese ese tipo de relación (funcionarios públicos, militares, presos, estudiantes, etc.), para que ante una concurrencia de normas que tipificasen como ilícitos penales e ilícitos administrativos los mismos hechos, automáticamente se admitiese la viabilidad jurídica de la imposición de sanciones penales y administrativas.

Posteriormente la tesis ha sido sometida a un proceso de revisión que ha conducido a postular que aun cuando medien relaciones de supremacía especiales, esa situación ya no basta para soslayar el principio del *non bis in ídem,* pues en esa hipótesis se requiere un "plus", que consiste en demostrar

que cada sanción responde a un fundamento distinto, en virtud del también diferente bien jurídico que se pretende proteger con ellas, de tal manera que si tanto la sanción penal como la administrativa, tienden a proteger el mismo bien jurídico, aun cuando medie una relación de supremacía especial, deberá también tener aplicación la incompatibilidad bajo examen, razón por la cual no se podrán imponer las dos sanciones por los mismos hechos.

En orden a esta posición, que desde luego restringe la excepción a la garantía implícita en el *non bis in ídem,* nuevamente nos referimos a una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional español, en la cual se sienta la regla que rige la excepción en los siguientes términos: "La existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones(...). Para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección".

En esa oportunidad el Tribunal se pronunció sobre un recurso de amparo en el cual se invocaba la violación del *non bis in ídem,* porque un agente de policía había sido sancionado penalmente por haber incurrido en falso testimonio en un juicio, y posteriormente sancionado disciplinariamente porque esa misma conducta constituía una falta disciplinaria. La desestimación del recurso estuvo sustentado en que los intereses tutelados eran distintos, porque en el caso de la sanción disciplinaria el interés que se intentaba proteger estaba constituido por la irreprochabilidad penal de los funcionarios de policía, la cual constituía un interés legítimo de la Administración, que era totalmente distinto al perseguido en el orden penal al sancionar el delito de falso testimonio en un juicio.

El resumen anterior del fallo del Tribunal Constitucional español permite captar enteramente los límites de la excepción, pues corresponderá a la Administración cuando medie una relación de supremacía especial, demostrar que la imposición de la segunda sanción obedece verdaderamente a que con ella se pretende tutelar un interés cualitativamente distinto del protegido con la sanción impuesta por el Tribunal penal. Y desde luego, que sólo podrá llegar a esa conclusión si efectivamente de la norma que tipifica la infracción se deriva el interés jurídico distinto, al protegido por la norma tipificante de carácter penal, e inclusive en aras de que cobre eficacia la garantía bajo examen se requiere que la Administración examine si en la amplitud del tipo

penal puede quedar incluido aunque sea indirectamente el interés jurídico tutelado por la norma administrativa, supuesto en el cual resultará aplicable el *non bis in ídem*.

Más aún, el Tribunal Constitucional español ha precisado que para que proceda la dualidad de sanciones no basta una dualidad de normas que literalmente estén orientadas a proteger intereses distintos, porque de ser así la sola declaración del legislador o reglamentista serviría para soslayar la garantía bajo examen. Por tanto, según el indicado Tribunal, a los efectos de tornar aplicable la excepción bajo análisis, corresponde a la Administración y en última instancia a los tribunales determinar que la normativa administrativa que contempla la infracción esté justificada porque "contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido, que no es el mismo que la primera sanción intenta salvaguardar, o si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado".

Lo que queda claro al final de todo lo reseñado anteriormente, es que la tendencia en el Derecho comparado pareciera estar orientada a restringir al máximo las excepciones a la interdicción de la imposición de sanciones penales y administrativas por los mismos hechos, aun cuando medie una relación de supremacía especial, ya que la invocación de ésta por sí sola no basta para que opere la excepción al *non bis in ídem*.

2.3.2.7.6.7. **El principio del *non bis in ídem* en Venezuela**.

2.3.2.7.6.7.1. **La indeterminación jurisprudencial y doctrinaria durante la vigencia de la Constitución de 1961**. Es necesario recordar que la Constitución de 1961, a diferencia de la de 1999, no contemplaba la potestad sancionatoria de la Administración Pública, a pesar de que sí consagraba el principio de legalidad penal, y en el capítulo relativo a los derechos individuales, al regular en su artículo 60 el derecho a la libertad y seguridad personales, en el ordinal 8º de dicho dispositivo, delineaba el *non bis in ídem* al estatuir que: "Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiere sido juzgado anteriormente". Pues bien, a esa única disposición se reducía el panorama normativo vigente a partir del año 1961, pues pese a la aplicación de dicho principio en la esfera penal, hasta 1999 nunca se llegaron a dictar disposiciones que lo desarrollaran.

A esa situación normativa de regulación directa debe añadirse que durante el período comprendido entre 1961 y 1999, al parecer la materia no

fue considerada relevante por la doctrina nacional, pues apenas logramos conseguir en el proceso de revisión bibliográfica tres estudios que se refieren incidentalmente a la misma, lo que desde luego, no contribuyó a esclarecer ese panorama, el cual en definitiva aparecía un tanto confuso y hasta contradictorio. Así por ejemplo, ARAUJO (1998) es partidario de la compatibilidad de la dualidad de sanciones administrativas y penales, cuando expresa "...y de aquí también que frente a un infracción, constitutiva a la vez de un delito y de un ilícito administrativo, pueda imponerse al autor una dualidad de sanciones, quebrantando, en apariencia, el principio con arreglo al cual un hecho no puede ser objeto de más de una sanción, es decir, el principio del *non bis in ídem*".

En cambio, RONDÓN DE SANSÓ (1996) se decanta por la tesis contraria, o sea, por la plena vigencia del *non bis in ídem*, o incompatibilidad de la doble punición penal y administrativa. Esa misma orientación es seguida por SOSA (1996), que califica el principio como de naturaleza constitucional e implica que "nadie puede ser condenado dos veces por los mismos hechos, aunque cada régimen bajo los cuales estén previstas las sanciones tutelen intereses jurídicos distintos", y además plantea que de conformidad con una sentencia del año 1984 de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, no existía subordinación entre la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Jurisdicción Penal.

En lo que respecta a la jurisprudencia es necesario destacar que las pocas sentencias dictadas en esta materia tanto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, como por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, admitían la validez del principio del *non bis in ídem*, pero igualmente es necesario enfatizar que en casi todas ellas se reivindica la vigencia del principio, para inmediatamente justificar la imposición de la doble sanción, inclusive en el propio ámbito administrativo, recurriendo al argumento de las relaciones de supremacía especial.

Tal línea de actuación queda demostrada con la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 29 de enero de 1986, en la cual declaró la validez de la dualidad de sanciones impuestas a un abogado, por un juez y por el correspondiente Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados, y a tal fin expresó: "En efecto, si las sanciones que los Colegios de Abogados imponen a sus afiliados surgen de la relación de supremacía especial suponen una reacción en el ámbito de dicha relación, las sanciones correctivas que puede aplicar el Juez, parten de la situación de supremacía

general poder público-ciudadano que presuponen, como se ha dicho, una infracción del orden general. En otras palabras, un mismo hecho es simultáneamente una infracción, aunque por fuerza diferente, para dos ordenamientos diversos, de modo que la reacción separada de éstos resulta también diferente, la sanción impuesta en uno de ellos no reduplica la del otro, por virtud de esa diferencia de ámbito...".

Esa misma Corte en sentencia de fecha 24 de enero de 1992 declaró que el principio del *non bis in ídem* era un postulado fundamental en el campo de los procedimientos sancionatorios, y la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de mayo de 1984 declaró que la potestad sancionatoria de la Administración Pública era independiente de la potestad punitiva penal, y que por tal razón cuando una misma conducta fuese considerada por una norma administrativa y otra penal, como infracción y delito a la vez, la Administración en su actuación sancionatoria no quedaba sujeta a los resultados de la actividad de los tribunales. En esa oportunidad afirmó que independientemente de que el Tribunal Penal hubiese declarado terminada la averiguación porque los hechos no revestían carácter penal, tal declaración no constituía un impedimento para que el órgano administrativo determinase que los hechos en esa sede encuadraban en el tipo infractor, así como la culpabilidad del investigado.

Las citas doctrinarias, así como las sentencias transcritas, revelan que el panorama doctrinario y jurisprudencial durante la vigencia de la Constitución de 1961, relativo al principio del *non bis in ídem*, era todo menos que claro, pero sobre todo su fundamentación era bastante precaria o insuficiente, en virtud de que los autores citados aluden al mismo, como ya expresamos, de manera incidental, y las sentencias carecen de un desarrollo doctrinario que les sirva de sustentación. En efecto, los citados autores se limitan a realizar una mera afirmación, el primero negando la aplicación del principio y las segundas admitiendo su validez, pero sin mayor sustentación doctrinaria, jurisprudencial ni normativa. Las sentencias, como ya expresamos, ni siquiera se ocupan de invocar el fundamento filosófico o normativo del mismo. Ni pensar en planteamientos relativos a todas las implicaciones derivadas de los efectos sustantivos y procesales de la prohibición del bis in ídem, los cuales resultan totalmente inexistentes.

En fin, puede concluirse que el examen de la jurisprudencia y la doctrina del indicado período, revela su precariedad debido a que no realizaron casi ningún aporte, por no decir ninguno, al marco teórico del

principio bajo examen, del cual pudieren derivarse grandes lineamientos para su aplicación tanto por la Administración como por los Tribunales; de allí que pueda inclusive sostenerse que existía una especie de indeterminación jurisprudencial y doctrinaria.

2.3.2.7.6.7.2. **El principio del *non bis in ídem* a la luz de la Constitución de 1999**.

2.3.2.7.6.7.2.1. **El panorama normativo**. El constituyente de 1999 se encuentra con la situación descrita, pero lamentablemente no llegó a abordarla a los fines de plantear soluciones derivadas de las pocas experiencias venezolanas y del Derecho comparado, pues del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente, se constata que esta materia no fue objeto de ninguna discusión. Sin embargo, el mérito de ese constituyente es haber incluido, independientemente si lo hizo casual o causalmente, el *non bis in ídem* en el artículo 49 constitucional, consagratorio del derecho al debido proceso.

Para iniciar el examen del asunto debemos reiterar que la Constitución de 1999, incluye dentro de los derechos o atributos del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 49, al principio del *non bis in ídem*, en los siguientes términos:

"El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. *Omissis*

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente".

Conviene destacar que los constituyentes se limitaron a repetir la disposición contenida en el artículo 60, ordinal 8º, de la Constitución de 1961, con la diferencia que se sustituyó el término "nadie", por "ninguna persona", y por supuesto con la otra diferencia significativa que se excluyó de los atributos del derecho a la libertad y seguridad personales, y se incluyó dentro de los correspondientes al debido proceso, diferencias estas que examinaremos más adelante, pero en este punto nos limitaremos a enunciar algunos ejemplos, que revelan de manera contundente que el legislador pareciera seguir anclado en la Constitución derogada, y únicamente considerara válido el principio del *non bis in ídem* en la esfera penal, excluyéndolo de la esfera enteramente administrativa, y del más importante de los ámbitos, el penal y el administrativo.

Dejamos constancia que mediante un muestreo hemos examinado un conjunto de leyes administrativas dictadas con posterioridad al año 1999, y pudimos constatar que en todas ellas se desconoce, o quizás sea más apropiado afirmar que se transgrede en forma genérica y concreta esta importante garantía ciudadana. Así, por ejemplo, para la aludida transgresión genérica, se utiliza la siguiente metodología: en el correspondiente dispositivo se definen las infracciones y sanciones específicas, e inmediatamente se señala que tal situación resulta independiente de las sanciones o responsabilidades penales o administrativas que se puedan imponer por esos mismos hechos.

Casi siempre la expresión es "sin perjuicio de las responsabilidades penales", como ocurre en los artículos 56 y 57 de la Ley Orgánica de Ciencia Tecnología, en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, y en el artículo 33 de la Ley contra la Corrupción, que utiliza una expresión similar, con la particularidad que extiende mucho más el ámbito de las responsabilidades, lo que revela que inclusive pueden aplicarse más de dos sanciones. Esa expresión es la siguiente: "Independientemente de la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria, serán sancionados...". El artículo 114 del Decreto ley de Licitaciones está redactado en idénticos términos. En esa misma orientación se inscribe el artículo 66, único aparte, del Decreto ley orgánico de Hidrocarburos, al estatuir que "sanciones anteriores se aplicarán sin perjuicio de las acciones civiles, fiscales o administrativas que la infracción origine".

En cambio, la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, contiene una disposición que contempla la transgresión en específica, cuando contempla la viabilidad de la imposición de más de una sanción en forma expresa, al pautar en su artículo 159 que: "Los funcionarios encargados de la administración financiera del sector público, independientemente de las responsabilidades penales, administrativas o disciplinarias en que incurran estarán obligados a indemnizar al Estado de todos los daños y perjuicios que causen por infracción de esta ley y por abuso, falta, dolo **negligencia**, impericia o imprudencia en el desempeño de sus funciones". En tal sentido basta solamente armonizar ese dispositivo con el artículo 91, numeral 2, de la LOCGRSNCF, que define como causal de responsabilidad administrativa, y por ende, sujeta a ser sancionada administrativamente a la **negligencia** en la preservación de los bienes y derechos del patrimonio público, para concluir que se trata de dos sanciones que se impondrán a una persona por los mismos hechos.

Para evitar la transcripción innecesaria de disposiciones legales, baste señalar que otras similares a las enumeradas están contenidas en los artículos 66 del Decreto ley de la Función Pública de la Estadística, en el artículo 116, numeral 5, del Decreto ley de Tránsito y Transporte Terrestre, en el artículo 23, numeral 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Supremo de Justicia y el artículo 96 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Lo importante de hacer notar es que todas las leyes enumeradas, con excepción de la que regula el Poder Judicial, fueron promulgadas con posterioridad a 1999, razón por la cual debe predicarse con respecto a ellas una presunción de constitucionalidad, no obstante, todas ellas admiten en forma clara la compatibilidad de la doble sanción, bien en el ámbito administrativo (dos sanciones administrativas, incluyendo dentro de esta categoría a las disciplinarias), y en el ámbito penal y administrativo (una penal y otra administrativa), por los mismos hechos. Por tanto, en nuestro criterio, todas las disposiciones legislativas citadas ignoran, mejor dicho, violan el contenido del artículo 49, numeral 7, de la Constitución, esto es, el derecho a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos, o en términos latinos, el *non bis in ídem*.

2.3.2.7.6.7.2.2. **El panorama jurisprudencial**. De todas las sentencias dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia entre el año 2000 y el mes de julio de 2004, en materia sancionatoria sólo dos abordan, aunque de manera insuficiente, el tema del *non bis in ídem*. Sin embargo, es obvio que después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, esos fallos, pese a su insuficiencia deben considerarse como pautas orientadoras en la aplicación de esta importante garantía constitucional. Queremos aclarar que la insuficiencia, quizás se deba a que en las mencionadas sentencias la Sala Constitucional al resolver acciones de amparo, no sólo examina la denuncia de la infracción de la prohibición del bis in ídem, sino otro conjunto de violaciones de derechos constitucionales, y tal vez ello haya impedido que esas decisiones contuviesen un verdadero desarrollo doctrinario, como lo imponía la nueva consagración del principio del *non bis in ídem* en la Constitución de 1999.

De todas maneras, debido a la importancia de esos fallos, pasamos a transcribir las partes que consideramos fundamentales de los mismos. Ahora bien, la primera de esas sentencias fue dictada el 21 de noviembre de 2001, y mediante ella la Sala decidió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Código de Policía del Estado Bolívar, siendo uno de los motivos de

impugnación la infracción del principio del *non bis in ídem*, porque en criterio del impugnante duplicaba delitos que merecían pena corporal que estaban contemplados en el Código Penal.

Con relación a este motivo de impugnación la Sala después de transcribir una sentencia del Tribunal Constitucional español, citada por García de Enterría, concluyó en que:

"Es así, como de manera concreta se puede precisar que la violación al principio *non bis in ídem*, se configura cuando dos tipos distintos de autoridades administrativas que sancionan infracciones tipificadas en la legislación administrativa, y jueces que ejecutan el *ius puniendi* de conformidad con los delitos y faltas tipificadas en el Código Penal– a través de procedimientos distintos, sancionan repetidamente una misma conducta. Lo que significa que de violentarse dicho principio, se estaría aplicando el poder de la misma manera y doblemente, una infracción tipificada en la legislación administrativa y un ilícito tipificado en el Código Penal. Situación que debe ser censurada y evitada en lo posible ya que el poder punitivo del Estado es único con base a un único ordenamiento jurídico, presidido por los principios Constitucionales, pudiendo sin embargo, estar atribuidas las conductas ilícitas al Derecho Administrativo o al Derecho Penal.

En todo caso, se hace necesario que en la aplicación de la potestad sancionatoria de la Administración se le deba exigir el cumplimiento del principio de legalidad penal, no sólo en la tipificación de la infracción, sino en los topes de las sanciones, identificando además, la naturaleza de la pena y la sanción sobre la idea común de la privación de un bien jurídico, en especial de rango constitucional".

El segundo fallo es de fecha de 17 de julio de 2002, y fue dictado en la oportunidad de decidir una acción de amparo interpuesta por un grupo de oficiales generales y almirantes, quienes entre otros motivos invocaron la violación del principio del *non bis in ídem*, debido a que habían sido sancionados disciplinariamente y estaban amenazados de ser imputados penalmente por los mismos hechos. En el análisis de dicho alegato la sala declaró:

"Podría ocurrir que el tipo de una causal disciplinaria coincidiera con un tipo penal contenido en el Código Penal o en el Código Orgánico de Justicia Militar, y en estos casos nacería una cuestión prejudicial donde la jurisdicción penal priva sobre lo administrativo, tal como se desprende del supuesto de la letra h) del artículo 239 de la Ley Orgánica de las Fuerzas

Armadas, ya que es la sentencia condenatoria firme la razón para el pase a retiro del oficial general o almirante.

En lo que no coincidan los tipos que permiten sanciones disciplinarias con las penales, los Consejos de Investigación podrán conocer de los hechos que luego se traducen en medidas disciplinarias, con dos fines (artículo. 286 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas).

Dadas las características anotadas, observa la Sala, que la jurisdicción disciplinaria militar, en principio, puede discurrir en forma autónoma, aunque verse sobre los mismos hechos antijurídicos penales, pero de ser así, se sustraería al investigado del antejuicio de mérito.

Unos mismos hechos que se imputan a una persona, como ya la Sala lo observó, pueden en principio originar sanciones disciplinarias y penales, pero para cumplir con el principio *non bis in ídem***,** debe evitarse una doble y coetánea persecución, debiendo darse preferencia a la persecución penal, ya que la sanción, con las penas accesorias, puede involucrar las penas disciplinarias, o resultar una cuestión prejudicial con relación a ellas, tal como lo previene la letra h) del artículo 239 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas. Además que la administración no podría desconocer los hechos probados ante los órganos de la jurisdicción penal.

Por ello, si los hechos pueden ser calificados penalmente, el proceso disciplinario debe quedar en suspenso o perder sus efectos, de estar ya decidido, a fin de evitar que se impida a la función jurisdiccional realizar su fin natural, y tal desnaturalización –que tiene que ser evitada– que pueda provenir de razones dolosas, culposas o hasta de azar, debe ceder ante la posibilidad cierta de una persecución penal.

En el derecho común se ha evitado tal duplicidad mediante la institución de la prejudicialidad, donde impera la sentencia penal condenatoria, debido a sus efectos ***"adversus omnes"***, sobre la de los tribunales civiles, laborales, etc.

Este principio también existe en materia disciplinaria, y no puede desnaturalizarse, aplicando primero el procedimiento sancionatorio y luego el penal. De allí que el artículo 288 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas, ordene a los Consejos de Investigación, abstenerse de todo lo que puede significar decisión penal, aun en los casos que exijan medidas para restablecer la disciplina".

2.3.2.7.6.7.2.3. **Análisis del panorama jurisprudencial, derivado de los fallos transcritos**. Insistimos en que ambos fallos pecan de insuficiencia doctrinaria y normativa, porque contienen especies de principios "telegráficos", sobre esta garantía tan importante, y aunque ciertamente fueron

pronunciados en el contexto de sendas acciones de amparo en las cuales se denunciaba violación de un conjunto numeroso de derechos y garantías constitucionales, siendo el derecho al *non bis in ídem*, apenas uno de ellos, de todas maneras dada la enorme importancia de esta garantía, y dada la situación un tanto confusa que se infería de las pocas decisiones jurisprudenciales dictadas antes de 1999, en las cuales a pesar de que se reivindicaba la vigencia del principio, se admitía la doble sanción tanto en el ámbito administrativo, como en el penal, como quedó demostrado precedentemente, sin que tal admisión estuviese sustentada en un desarrollo teórico o normativo. De allí entonces, nuestra insistencia acerca de que en estas primeras decisiones de la Sala Constitucional se imponía un análisis pormenorizado del asunto a la luz de la doctrina, del Derecho comparado y sobre todo del pertinente precepto constitucional, del cual pudieran derivarse unos lineamientos o formulaciones generales sobre el asunto, que podrían ser telegráficos, pero sustentados suficientemente.

En esta posición crítica, que aspiramos, como todas las que asumimos en nuestros trabajos, tenga un carácter constructivo, lo primero que observamos es que en ninguno de los dos fallos la posición de la Sala se sustenta en disposición normativa alguna, lo que resulta una omisión injustificada e injustificable, si se tiene en cuenta que la Constitución de 1999, decidió darle una nueva dimensión al principio del *non bis in ídem* al sustraerlo de los atributos del derecho de libertad y seguridad personales de la Constitución de 1961, para incluirlo como atributo del derecho al debido proceso, cuyo radio de acción se extiende a todas las actuaciones judiciales y **administrativas**.

Pues bien, este elemento de capital importancia fue soslayado en el segundo fallo, que precisamente contiene un pronunciamiento sobre la situación de unos militares que presuntamente habían incurrido en unos hechos calificados por las normas penales como delitos, y por las normas administrativas como infracciones, a los efectos de imponerles por esos mismos hechos dos sanciones diferentes. En otras palabras, la Sala hizo caso omiso del artículo 49, numeral 7, de la Constitución, que regula claramente el *non bis in ídem*, y sin embargo, realizó un conjunto de afirmaciones sobre dicho principio, sin ningún sustento normativo –insistimos– y sin mayor sustento teórico, las cuales dado el peso que adquieren por provenir de esa Sala, hoy sin llegar a tener formalmente carácter vinculante, por no ser el resultado, por razones obvias, de interpretaciones de normas y principios constitucionales, forzoso es reconocerlo en la práctica sí lo han adquirido, o

tienden a adquirirlo, debido al "peso" que sobre los operadores jurídicos surten todas las sentencias proferidas por la Sala Constitucional.

Ese elemento igualmente fue soslayado en el primer fallo, en el cual aunque parezca paradójico se cita el artículo 25 de la Constitución española, en el que está contenido el *non bis in ídem*, pero en cambio no se menciona para nada el artículo 49, numeral 7, de la nuestra. Tal vez a ello se deba que siguiendo parcialmente a la doctrina y a la jurisprudencia española, se limite a definir únicamente la vertiente sustantiva del principio del *non bis in ídem*, en virtud de que proclama la absoluta incompatibilidad entre la dualidad de sanciones administrativas y penales por los mismos hechos, al afirmar: "Situación que debe ser censurada y evitada en lo posible ya que el poder punitivo del Estado es único con base a un único ordenamiento jurídico, presidido por los principios Constitucionales, pudiendo sin embargo, estar atribuidas las conductas ilícitas al Derecho Administrativo o al Derecho Penal". En fin, lo que resalta en esta sentencia es la aludida omisión al precepto constitucional consagratorio de la prohibición bis in ídem.

Por otro lado, observamos que la concepción recogida en el mencionado fallo es la predominante sin ningún tipo de discusión desde hace mucho tiempo en el Derecho Penal, pero su transposición a la esfera puramente administrativa o a la esfera administrativa y penal, que es la hipótesis que suscita mayores problemas, no pareciera muy acertada, pues ello implica rechazar cualquier posibilidad de la imposición de dos sanciones por los mismos hechos en la esfera penal y en la esfera administrativa. Y de poner en evidencia nuestra afirmación se encarga el segundo fallo dictado siete meses después, cuando expresa que "jurisdicción disciplinaria militar, en principio puede discurrir en forma autónoma, **aunque verse sobre los mismos hechos antijurídicos penales**", o cuando expresa que "unos mismos hechos que se imputan a una persona, como ya la Sala lo observó, **pueden en principio originar sanciones disciplinarias y penales**".

De modo, pues, que muy poco duró la concepción del *non bis in ídem* proclamada en el primer fallo, pues el segundo se encargó de derrumbarla, al declarar sin ambages a) que pueden discurrir dos procesos por los mismos hechos en jurisdicciones distintas; y b) que esos mismos hechos pueden originar sanciones distintas: disciplinarias y penales, razón por la cual si nos atenemos rigurosamente a los razonamientos contenidos en el segundo fallo que modificó al primero, debemos concluir en que de conformidad con esa doctrina de la Sala Constitucional el derecho a no ser sancionado dos veces

por los mismos hechos pareciera no existir en Venezuela, siempre y cuando esas sanciones provengan del orden penal y del orden administrativo.

Es menester reconocer que el segundo fallo se cuida de condicionar, de nuevo sin mayor fundamentación normativa ni teórica, el mecanismo de procedencia de la aplicación de las dos sanciones, que no es más que abjurar del *non bis in ídem*, aunque la sentencia dice inexplicablemente que es **para cumplir con el principio del *non bis in ídem***, cuando revela todo lo contrario, pues tal expresión pareciera tener como finalidad matizar la violación del referido principio. Ese mecanismo lo desagrega así: 1) debe evitarse la doble persecución, dándole preferencia a la persecución penal, porque la sanción con las penas accesorias puede involucrar a las penas disciplinarias, lo que evidencia que se pueden realizar las dos persecuciones, siempre que la administrativa sea posterior a la penal, y que consiguientemente resulta válida la imposición de las dos sanciones, siempre que las accesorias no sean las mismas disciplinarias.

2) Debe acudirse a la figura de la prejudicialidad del derecho común, para evitar la apertura de dos procedimientos, "donde impera la sentencia penal condenatoria, debido a sus efectos "*adversus omnes*" sobre los tribunales civiles, laborales, etc", 3) La Administración no puede desconocer los hechos probados ante la jurisdicción penal" . Esta afirmación telegráfica, sin ningún tipo de sustentación, no impide predicar la imposición de dos sanciones por los mismos hechos, pues siendo éstos probados en sede penal, se facilita el procedimiento sancionatorio administrativo que origina la segunda sanción. En fin, el mentado mecanismo no hace más que reforzar la tesis de la Sala acerca de la compatibilidad de sanciones en el ámbito penal y disciplinario, soslayando de esa manera la garantía constitucional del *non bis in ídem*.

2.3.2.7.6.7.2.4. **Nuestra posición acerca del *non bis in ídem* a la luz de la Constitución de 1999**. En primer lugar, reiteramos que las dos sentencias de la Sala Constitucional arrojan pocas luces sobre la naturaleza y alcance de esta garantía constitucional, e inclusive me atrevería a afirmar que antes por el contrario originan un panorama confuso y contradictorio. Por esa razón y debido a la ausencia de estudios doctrinarios sobre el asunto, pensamos que puede resultar positivo esbozar unas ideas desde la perspectiva de la norma constitucional y del Derecho comparado antes examinado, a los fines de intentar incentivar un examen más completo y más profundo de este principio por parte de los operadores jurídicos. A continuación las aludidas ideas:

2.3.2.7.6.7.2.4.1. **La naturaleza y alcance del artículo 49, numeral 7, de la Constitución, consagratorio del *non bis in ídem***. Consideramos conveniente recordar que tanto en la Constitución de 1961, como en todas las anteriores siempre la prohibición de la doble sanción por los mismos hechos, aparecía integrada como un atributo más del derecho de la libertad y seguridad personales, y que igualmente su redacción siempre ha girado sobre la prohibición del doble enjuiciamiento y no de la doble sanción. En efecto, el artículo 60, numeral 8, del mencionado texto fundamental prescribía: "Nadie podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales **hubiere sido juzgado** anteriormente".

Ahora bien, recordamos que en el capítulo I, narramos de manera sucinta el iter de la aprobación del artículo 49 de la Constitución, que a la postre se convirtió en un mero ritual impuesto por la mayoría abrumadora de la Asamblea Nacional Constituyente, e impidió que se diera una discusión, mucho menos un debate científico, sobre todos los derechos integrados en el derecho fundamental al debido proceso contenido en el referido artículo. Quizás ello explique el proceso de inercia constitucional reflejado en el numeral 7 de dicho precepto, en virtud de que los constituyentes se limitaron a repetir literalmente la disposición antes transcrita de la Constitución de 1961, pero cambiando el adverbio "nadie" por "ninguna persona", quedando recogido así: "Ninguna persona podrá ser sometido a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente".

Lo primero que observamos de ese proceso inercial de repetir disposiciones de textos anteriores sin ningún tipo de análisis, es que se perdió la oportunidad de examinar el núcleo del dispositivo que tradicionalmente en las Constituciones venezolanas ha consagrado en el ámbito del Derecho Penal, el *non bis in ídem*. En efecto, toda la doctrina del Derecho comparado monta la concepción de esta figura en la prohibición de sancionar dos veces a una persona por los mismos hechos, es decir, que la variable fundamental en la construcción del precepto es la sanción y no el procedimiento o juicio. En cambio, tradicionalmente en las Constituciones venezolanas, por lo menos desde la de 1929, siempre esa variable ha estado constituida por el juicio o proceso, y tal vez dicha construcción haya tenido pertinencia conceptual hasta 1999, porque estaba referida exclusivamente –reiteramos– a la esfera penal, pues resulta evidente que al prohibirse el doble juzgamiento por los mismos hechos, consecuencialmente se impide la doble sanción.

Sin embargo, cuando a la potestad punitiva penal, se adiciona la potestad punitiva administrativa, entonces el doble juzgamiento pasa a un

segundo plano, porque perfectamente por los mismos hechos la Administración puede abrir un procedimiento, que no un juicio, en términos del artículo 49, numeral 7, y los tribunales iniciar un juicio, y no existiendo ninguna norma, en el ordenamiento jurídico venezolano sobre una posible prejudicialidad derivada de esa situación, como al parecer se pretende sostener en el segundo fallo de la Sala Constitucional, porque el artículo 34 del Código Orgánico Procesal Penal regula una situación absolutamente distinta, resulta entonces perfectamente posible que una persona puede ser sancionada dos veces por los mismos hechos, que es precisamente la prohibición sustantiva implicada en el principio del *non bis in ídem*.

De modo, pues, que el aludido proceso inercial que condujo a la repetición automática de la disposición de la Constitución de 1961, impidió consagrar el *non bis in ídem* teniendo presente que había sido incluido como un atributo del derecho del debido proceso aplicable tanto a las actuaciones penales como administrativas. Sin embargo, debemos reconocer que este defecto de orden conceptual y académico, queda corregido con el postulado general recogido en el encabezamiento del artículo 49, que como tantas veces hemos repetido tiene una portada muy amplia, porque fue concebido de esa manera para abarcar a la potestad sancionatoria de la Administración, y por supuesto, que pese a la dicción literal del precepto constitucional, referida a juicios o procesos, y no a sanciones, al escindirse la potestad punitiva única del Estado, en penal y administrativa, reglas elementales de hermenéutica imponen a los operadores jurídicos, concebir el *non bis in ídem*, como la prohibición para sancionar dos o más veces a una persona por los mismos hechos, dejando parcialmente de lado la variable juicio o proceso, en la comprensión, y lo que es más importante la aplicación, en Venezuela del *non bis in ídem*, pese a la declaración un tanto confusa del segundo fallo de la Sala Constitucional, antes analizado, que pareciera negarlo, está plenamente consagrado en la Constitución de 1999.

2.3.2.7.6.7.2.4.2. **El alcance del *non bis in ídem*, según el artículo 49, numeral 7, de la Constitución**. Ya hemos demostrado que pese a la imperfección académica, o de "técnica constituyente" que afecta la consagración del *non bis in ídem* en la norma mencionada en el epígrafe, su ubicación y su calificación como un atributo del derecho al debido proceso, conduce a conceptuarlo como la prohibición de sancionar a una persona dos veces por los mismos hechos, pudiendo añadirse para que se perfeccione la prohibición los requisitos exigidos por la doctrina española acerca de la triple identidad de sujeto, hechos y fundamentos. Ahora bien, la anterior defini-

ción podría ser asumida en términos absolutos, razón por la cual resultaría equivalente a la acepción tradicional que hasta ahora ha privado en la esfera del Derecho Penal.

Pero precisamente el problema se origina en Venezuela a partir de la constitucionalización en 1999 de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, pues a raíz de ese significativo hecho, cabe preguntarse ¿ si debe mantenerse la prohibición en los términos tradicionales (absolutos)?, lo que conduce a negar categóricamente toda posibilidad de la doble sanción, aunque exista una concurrencia de normas penales y administrativas que tipifiquen una misma conducta como delito e infracción a la vez, de tal manera que por obra del citado principio, una vez sancionada la persona en la esfera penal, se configurará una interdicción para ser sancionada en la esfera administrativa, y viceversa.

Debemos reconocer que en principio esa debe ser la regla que rija en Venezuela, y aunque pueda estar dirigida básicamente a la Administración y a los Tribunales Penales, también debe ser acatada por el legislador, pues no se justifica la cantidad de leyes administrativas sancionadas después de 1999, que ignoran, o mejor violan flagrantemente el principio del *non bis in ídem*, contenido en el mencionado precepto constitucional, cuando inclusive admiten la doble y triple sanción por los mismos hechos, algunas veces, todas sanciones de carácter administrativo, y otras administrativas y penales, como quedó demostrado de la identificación que mediante muestreo hicimos de un conjunto de ellas.

2.3.2.7.6.7.2.4.3. **La regla de aplicación del principio *non bis in ídem* (matices)**. Conforme a la regla relativa a la proscripción de sancionar dos o más veces a una persona por los mismos hechos, siempre que exista identidad de sujeto, de hechos y de fundamentos, independientemente de la esfera de que se trate: exclusivamente penal, que es la solución tradicional, exclusivamente administrativa, o administrativa y penal, resulta necesario hacer algunas precisiones sobre la aplicación de dicha regla, a saber: a) en la esfera solamente administrativa deben regir los efectos sustantivos de la prohibición, en los términos del Derecho Penal, pues resulta inaceptable a la luz del artículo 49, num. 7, que se pretendan aplicar dos o más sanciones administrativas a una persona por los mismos hechos, aunque una reciba la denominación de sanción administrativa en sentido general, y la otra la denominación en sentido especial de sanción disciplinaria.

Efectivamente, si la administración es una sola, y de conformidad con el artículo 141 de la Constitución debe servir a los ciudadanos, o lo que es lo mismo debe preservar el interés general o público, la segmentación de ese interés, que es único, para atribuir su tutela a diversos entes públicos u órganos administrativos, no justifica que si lo que se persigue es preservar el mismo interés, visto desde distintas perspectivas, mediante la potestad sancionatoria de la Administración, se pretenda acudiendo al subterfugio de la diversidad de intereses protegidos, imponer más de una sanción en el orden administrativo, tratando de esa manera de eludir el respeto al derecho a no ser sancionado dos o más veces por los mismos hechos.

En fin, en nuestro criterio, visto que la Administración persigue un único interés, que es el general, no existe ninguna posibilidad de invocar la matización o la segmentación de ese interés para sancionar más de una vez en el orden administrativo, por los mismos hechos, a una persona. No vale ni siquiera invocar la potestad disciplinaria que pueden ejercer los colegios profesionales, porque al fin y al cabo esta no es más que una expresión de la denominada descentralización corporativa o por colaboración, que implica la creación de ese tipo de colegios, de tal manera que cuando imponen una sanción lo hacen porque por obra de la ley, el Estado les transfiere esa competencia, cuyo ejercicio también está destinado a tutelar el interés general; de allí, pues que resulte concluyente la prohibición de imponer dos sanciones administrativas por los mismos hechos a una persona. Por consiguiente, si una ley contempla ese supuesto de hecho, evidenciará una incompatibilidad constitucional.

La regla anterior vista en la perspectiva procesal del *non bis in ídem* conduce a negar la apertura de dos procedimientos administrativos simultánea o sucesivamente. O sea, que pese a la vigencia de una regulación en el sentido indicado, no podrán abrirse en forma simultánea dos procedimientos, por ejemplo, uno en un Municipio y otro en el Ministerio de Infraestructura, si existiera una infracción en materia urbanística tipificada tanto por una ordenanza municipal como por la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística. Pero más importante resulta la prohibición de la apertura sucesiva, debido a que si en el primer procedimiento la persona es declarada inocente, automáticamente debido a los efectos procesales de la garantía bajo estudio, se producirá una interdicción para la apertura del segundo, y desde luego, si es declarada culpable y sancionada, con mayor razón se configurará la interdicción, pues no debe plantearse ni siquiera la posibilidad de la doble sanción por los mismos hechos.

b) La regla debería operar cuando exista concurrencia de normas penales y administrativas que califican los mismos hechos como delitos e infracciones, atendiendo a la dimensión sustantiva y adjetiva de la prohibición. Así conforme a la primera, siempre que exista identidad en el sujeto, en los hechos y en los fundamentos, regirá la regla de la prohibición conceptuada desde el punto de vista sustantivo, razón por la cual, en estricto rigor lógico, la primera sanción excluirá, sea penal o administrativa, la imposición de la otra.

Es necesario destacar que como siempre, sobre estas reglas incide un conjunto de factores, entre otros el peso que en una sociedad se le confiere a los Tribunales sobre la Administración Pública, y desde luego, la larga tradición que en materia punitiva acompaña a los Tribunales Penales, por supuesto derivada a la postre del principio de separación de poderes. Atendiendo a esas variables cuando se da la referida concurrencia, por vía de interpretación, y posteriormente por vía del Derecho positivo, la regla ha sido condicionada a los fines de privilegiar la actuación de los Tribunales penales, con la base en la superioridad de éstos en materia punitiva sobre la Administración. Y partiendo de esa premisa corresponde entonces a los Tribunales Penales, en la perspectiva procesal, iniciar el juicio, pero no atendiendo a una verdadera prejudicialidad desde el punto de vista procesal, sino a la aludida idea de supremacía.

De tal manera que cuando se presenta la situación indicada, si los procedimientos son abiertos simultáneamente por la Administración y los Tribunales penales, el abierto por la primera debe paralizarse hasta tanto se decida la causa penal, e inclusive las normas suelen establecer que en esos casos antes de abrir el expediente, cuando la Administración considere que se ha cometido una infracción que también aparece tipificada como delito, estará obligada a remitir los recaudos al tribunal.

Ahora bien, como el *non bis in ídem*, desde el punto de vista sustantivo, implica realmente una prohibición de doble sanción por los mismos hechos, si el Tribunal penal dicta una sentencia absolutoria, la misma carecerá de los efectos negativos de la cosa juzgada (prohibición de abrir un nuevo juicio para conocer una causa juzgada anteriormente), en virtud de que el órgano administrativo estará facultado para abrir o continuar el procedimiento sancionatorio, según el caso, e imponer la sanción si resultare procedente, ya que en esa hipótesis no se infringiría la prohibición bajo examen, pues al final el infractor sólo podría ser sancionado con una sola

sanción. Como corolario de lo antes expuesto, debe admitirse que en este caso resulta procedente el doble enjuiciamiento o doble juzgamiento, pero de manera sucesiva, siempre que el primero sea el penal, y tenga como resultado una sentencia absolutoria, y el segundo administrativo, que bien puede conducir a una sentencia condenatoria o absolutoria, pero aun en el supuesto de que sea condenatoria originaría una sola sanción por los mismos hechos, respetándose el *non bis in ídem*.

Cabe destacar, como es dable imaginarse, que a la luz del derecho consagrado en el artículo 49, numeral 7, de la Constitución, si la sentencia del Tribunal penal es de culpabilidad, inmediatamente el procedimiento administrativo que había sido paralizado deberá declararse terminado, pues de continuarse evidentemente se estaría ante la violación del referido derecho, porque de encontrarse culpable al investigado en sede administrativa, se le impondría una segunda sanción.

Por otro lado, en ese orden de ideas la doctrina y la jurisprudencia española sostienen que si los Tribunales penales en el primer juicio declaran probados los hechos, pero se declara absuelto al investigado, en el procedimiento sancionatorio administrativo sucesivo que debe abrir o continuar la Administración, dichos hechos tienen carácter vinculante, de tal manera que el órgano administrativo debe abstenerse de realizar actividad probatoria alguna destinada a demostrarlos, y a partir de la certeza de los mismos, procederá a valorarlos desde la perspectiva del ilícito administrativo y a dictar la decisión que corresponda, la cual puede ser igualmente absolutoria, o de culpabilidad con la imposición de la respectiva sanción. Ese carácter vinculante se extiende a la declaración de la inexistencia de los hechos, pues ante la misma, la Administración queda impedida de imponer por ellos sanción alguna, o sea, que deberá declarar terminado el procedimiento sancionatorio.

En ese mismo orden de ideas el Tribunal puede considerar que los hechos no están probados, hipótesis en la cual la Administración puede continuar el procedimiento y si logra probarlos en el curso del mismo, puede proceder a sancionar al culpable. Tampoco en esta hipótesis obviamente se configuraría la violación del *non bis in ídem*, porque al final se impondría una sola sanción.

2.3.2.7.6.7.2.4.4. **Las relaciones de supremacía especial y las excepciones al principio del *non bis in ídem*.** Casi se podría afirmar que la tesis sobre

las relaciones de supremacía especial formulada a finales del siglo XIX por la doctrina alemana, y recibida en muchos ordenamientos varios años después, incluyendo al venezolano, ciertamente en forma un tanto empírica, ha servido como una especie de caballo de troya para disminuir las garantías de los ciudadanos frente a la inmensa potestad sancionatoria de la Administración Pública, contenidas en el principio de legalidad sancionatorio. Efectivamente, ya vimos como invocando ese tipo de relaciones se ha atenuado la garantía de la reserva legal, y en algunos casos hasta se ha pretendido suprimir cuando se ejerce la potestad sancionatoria administrativa.

También ante la garantía de la prohibición de la doble sanción por los mismos hechos, la Administración ha invocado a las relaciones de supremacía especial para eludir, o mejor intentar justificar la infracción del *non bis in ídem*, cuando una de esas sanciones sea impuesta en el marco de ese tipo de relaciones (funcionarios, profesionales liberales, estudiantes, militares, enfermos, presos, etc), y la otra sobre la base de la potestad general de sujeción, esto es, una sanción administrativa en términos generales, lo que arrojaría la imposición de dos sanciones administrativas por el mismo hecho, una de ellas en la categoría de las disciplinarias.

Ya nos hemos pronunciado contra esa posibilidad, pues consideramos que siempre que la Administración imponga dos sanciones por los mismos hechos, por las razones antes expuestas, independientemente de que una de ellas se inscriba en el marco de las denominadas relaciones de supremacía especial (disciplinarias), estará violando flagrantemente el artículo 49, numeral 7, de la Constitución, pues en este caso no vale la invocación de "intereses protegidos diversos".

La situación se presenta diferente cuando se impone una sanción penal y una sanción administrativa enmarcada dentro de las relaciones de supremacía especial, por los mismos hechos, ya que en ese caso se pretendería que debido a la misma naturaleza de ese tipo de relación, el interés jurídico protegido con las sanciones disciplinarias "*per se*" sería diferente al tutelado en el orden penal, aunque se trate de los mismos hechos. De tal manera que algunos autores sostienen la tesis de que basta la existencia de la relación de supremacía especial para que proceda la aplicación de las dos sanciones, sin que llegue a infringirse el derecho a no ser sancionado dos veces por los mismos hechos.

Ha de advertirse que esta tesis por ser demasiada laxa, sobre todo si se tiene en cuenta la tendencia de la Administración a ir calificando como

relaciones de supremacía especial, no sólo las tradicionales antes mencionadas, sino aquellas que se configuran en el marco de la prestación de los servicios públicos, para de esa manera ampliar los sectores que permiten justificar la imposición de las dos sanciones, ha empezado a ser cuestionada por la doctrina a los fines de restringirla mediante un proceso de afinamiento, que consiste en postular que aun cuando se trate de una relación de esta naturaleza, no procederá la imposición de las dos sanciones por el mismo hecho, si previamente no se demuestra que los intereses protegidos o que se intenta proteger con cada tipo de sanción son realmente diversos, de tal manera que sólo sí es posible concluir en esa diversidad, podrá una persona ser sancionada dos veces por los mismos hechos, sin que sea lesionada la garantía del *non bis in ídem*.

Para concluir debemos admitir que la doble imposición de sanciones cuando media una relación de supremacía especial, a una persona por los mismos hechos, constituye una problemática que está lejos de solucionarse jurídicamente, porque seguramente la Administración seguirá invocando ese hecho para justificar la dualidad de sanciones, y con mucha mayor razón en Venezuela, donde prácticamente resultan inexistentes los estudios sobre el asunto, pues en la mayoría de los pocos casos (sentencias), se suele acudir al argumento de las relaciones de supremacía especial, pero sólo mediante una invocación casi ritual o mecánica del mismo, sin casi ningún tipo de razonamiento.

Olvidan así que en ese tipo de relaciones de ninguna manera los derechos fundamentales de los ciudadanos pueden ser dejados de lado, siendo uno de ellos indudablemente el *non bis in ídem*, y además como sostiene la doctrina española, esas relaciones si es que existen, existen dentro del derecho, razón por la cual cualquier medida que encuentre su fundamento en el referido tipo de relaciones, de ninguna manera puede soslayar esos derechos fundamentales, y mucho menos la Administración eludir la obligación que le impone el artículo 141 de la Constitución de actuar ajustada no sólo a la ley, sino también al Derecho; de allí pues, que la tesis de la identificación real y efectiva de la diversidad de intereses efectivos debería prosperar en Venezuela, cuando se acuda al argumento de las relaciones de supremacía especial, en razón de que se inscribe en el amplio radio del derecho al debido proceso, y particularmente a sus atributos relativos al principio de legalidad y al del *non bis in ídem*.

Finalmente, hacemos notar que las ideas anteriores acerca del derecho al *non bis in ídem*, las hemos derivado de la prescripción constitucional y del

Derecho Comparado, y estimamos que en principio pueden encontrar aplicación en Venezuela, pero en todo caso, vista la insuficiencia del panorama doctrinario y jurisprudencial sobre la materia, lo más importante es que están formuladas para someterlas al necesario debate académico.

2.3.2.7.7. **El principio de prescripción**.

2.3.2.7.7.1. **Planteamiento general**. Este principio de muy antigua data en el Derecho Penal, implica erigir al transcurso del tiempo en un factor determinante de la extinción de la responsabilidad penal. La definición anterior, que consideramos acertada, revela la adopción de una postura en el debate, aun no concluido, acerca de la naturaleza sustantiva o adjetiva de la prescripción como afirma NIETO (1994), autor que al parecer se decanta por la tesis que postula el carácter sustantivo de la institución bajo examen, al citar a MORILLA, quien afirma en tal sentido: "En la actualidad puede considerarse que la tesis dominante es la sustantiva ya que tanto la prescripción del delito como la prescripción de la pena aparecen en el Derecho penal español como instituciones de Derecho sustantivo, en cuanto a que suponen una renuncia por parte del Estado al derecho de castigar basada en razones de política criminal aunadas por el transcurso del tiempo, que incide en que aquél considere extinguida la responsabilidad criminal y, por consiguiente, el delito y la pena".

Como es lógico suponer escapa a los objetivos de este trabajo realizar un examen acerca de las indicadas tesis, así como de sus efectos, sólo nos resta señalar una vez asomada la situación, que la tendencia doctrinaria actualmente mayoritaria es la que proclama la naturaleza sustantiva de la prescripción. Ahora bien, en cuanto concierne a la prescripción en el ámbito de las sanciones administrativas, cabe señalar que el anómalo paralelismo que se configuró entre la potestad punitiva penal y potestad punitiva sancionatoria administrativa, esta última sin fundamento constitucional y muchas veces con fundamento legal muy precario y hasta inexistente, condujo a que durante mucho tiempo la prescripción no estuviera contemplada en los textos legales o reglamentarios contentivos de normas sancionatorias administrativas, razón por la cual se suscitó el problema que de seguidas pasamos a analizar.

2.3.2.7.7.2. **La prescripción en el marco de la potestad sancionatoria administrativa**. El referido silencio normativo dio lugar a que también durante bastante tiempo se impusiese la tesis, aunque pueda parecer extraña en la

actualidad, de la imprescriptibilidad de las infracciones administrativas, y por ende de las respectivas sanciones. Sin embargo, poco a poco se fue abriendo camino a la postura sustentada en una razón lógica elemental: si el transcurso del tiempo era calificado legalmente como una causal de extinción de la responsabilidad penal, entonces resultaba inexplicable en cualquier ordenamiento jurídico, donde la igualdad era y ha sido siempre uno de sus principios cardinales, que esa misma variable no funcionase para la extinción de la responsabilidad administrativa, siendo la infracción administrativa un hecho que causaba una lesión mucho menor al interés general y a la colectividad. A ello se agregaba la invocación del principio de la seguridad jurídica, el cual resultaba afectado si se mantenía una persona prácticamente en vilo durante toda su vida por haber cometido una infracción administrativa.

Al hilo de esa argumentación se admitió la validez de la tesis de la procedencia de la prescripción en la esfera de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, y consecuencialmente ante la referida ausencia de normas se recurrió a la aplicación supletoria de las normas sobre prescripción contenidas en los Códigos Penales, lo que no dejó de suscitar problemas, en virtud de que entonces se entró a valorar los dos niveles existentes en ese instrumento normativo, esto es, la prescripción de las faltas y de los delitos, cuyos lapsos son significativamente diferentes, con la finalidad de intentar aplicar uno u otro atendiendo a la gravedad de la infracción administrativa, pero a la postre en la mayoría de los casos terminó por imponerse el lapso prescriptivo de las faltas.

Aunque antes de que se iniciase la constitucionalización de la potestad sancionatoria de la Administración, algunas leyes habían comenzado a establecer lapsos de prescripción, es a partir de ese hecho cuando definitivamente se impone la tendencia en algunos países de regular de manera general en un procedimiento sancionatorio común, o bien en cada ley administrativa, la figura de la prescripción de las infracciones y de las sanciones. En la primera etapa nos imaginamos, aun sin fundamento constitucional, se buscaba una solución a los problemas que generaba la aplicación supletoria de los Códigos Penales, y en la segunda no se hizo mas que desarrollar el precepto constitucional, pues debe recordarse que el principio de legalidad sancionatorio impone la garantía formal de la reserva legal, y luce lógico que si se exige una norma de rango legal para tipificar infracciones que dan lugar al establecimiento de la responsabilidad administrativa, que la extinción de éstas también sea regulada por normas de ese mismo rango; de allí entonces, que la prescripción de las infracciones y de las sanciones administrativas,

conforme al indicado principio constitucional de legalidad sancionatoria, deba ser regulada por normas de rango legal.

También se ha discutido bastante una vez abierto al tema para su regulación por el legislador, si debe existir un lapso común para la prescripción de todas las infracciones y sanciones administrativas, o si ese lapso debe ser diferenciado en función de la gravedad de las infracciones y sanciones. Como resultado de esa discusión los ordenamientos se han orientado por una salida transaccional que consiste en establecer una norma común en la cual se establecen los lapsos para la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas según la gravedad, atendiendo a clasificaciones como graves, menos graves y leves, o gravísimas, graves, menos graves y leves, pero otorgándole carácter supletorio, de tal manera que el legislador queda facultado para estatuir en las diversas leyes sectoriales, atendiendo a la naturaleza de la materia regulada, lapsos prescriptitos diferentes.

2.3.2.7.7.3. **La prescripción y la perención en el marco del procedimiento administrativo sancionador**. Cabe destacar que la transposición de esta figura del Derecho Penal a las leyes administrativas ha enfrentado algunos problemas, destacándose dentro de ellas, la determinación del *dies a quo*, o fecha en que deba iniciarse el cómputo de la prescripción, pues la Administración ha pretendido que el legislador establezca que el lapso comienza desde la fecha en que la Administración tiene conocimiento de la infracción. Así por ejemplo, si la Contraloría General de la República detecta que determinado funcionario ha incurrido en un supuesto de responsabilidad administrativa, cinco años después de que éste haya incurrido en la infracción, será esa la fecha, según esta tesis, en que comenzará el decurso del plazo prescriptivo.

Es necesario hacer notar que en la mayoría de los ordenamientos esta postura ha sido rechazada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, porque ella en realidad es una verdadera negación del instituto, y en la práctica conduce a la imprescriptibilidad de las infracciones, máxime si se tiene en cuenta que el lapso de prescripción es susceptible de interrupción, mediante actos totalmente a disposición de la propia Administración, además de que choca con el principio de seguridad jurídica. En esa misma línea argumental el Tribunal Supremo español al rechazarla ha estimado en el ámbito penal, el criterio, por supuesto válido en el ámbito sancionatorio administrativo, que “el criterio de conocimiento de los hechos es peligroso,

inseguro y perjudicial para el reo, equivaliendo en la práctica a la imprescriptibilidad del delito".

Por tanto, resulta concluyente que el *dies a quo* o día del inicio del decurso del lapso prescriptivo es aquel en que se comete la infracción, salvo en el caso de las denominadas "infracciones continuadas", en las cuales lógicamente no cuenta la conducta inicial sino la final, o último acto de la persona constitutivo de la infracción. De todas maneras en algunas hipótesis complejas hay que tener en cuenta la fecha de conclusión del acto que origina la conducta infractora. Así, por ejemplo, si una persona fabrica alimentos que deben tener un porcentaje de colorantes, y en el proceso de fabricación aumenta dicho porcentaje, no puede reputarse como fecha de inicio de la prescripción aquella en que altera la referida composición, sino cuando los alimentos son puestos a la venta. La situación es distinta si la Administración realiza una inspección y comprueba la alteración *in situ*, pues será partir de esa fecha que correrá el plazo de prescripción. Con respecto a la fecha de iniciación del lapso de la prescripción de la sanción, existe consenso acerca de que el mismo se inicia el día siguiente en que adquiere firmeza el acto sancionatorio.

La tendencia es que todas las leyes administrativas siguiendo la pauta normativa del Derecho Penal, consagren causales de interrupción de la prescripción, las cuales generalmente están constituidas por la iniciación del procedimiento sancionador o por el acto de formulación de cargos, inclusive algunas leyes elevan a la categoría de causal el levantamiento del acta de inspección. La figura de la interrupción admite matices, pues existe una corriente doctrinaria que aboga porque una vez interrumpido el plazo, e iniciado el procedimiento sancionatorio, independientemente de la duración de éste, no es posible para el administrado invocar la prescripción. Por el contrario, existe otra tesis, en nuestro criterio, ajustada al derecho de la tutela judicial efectiva y al principio de seguridad jurídica, que proclama el reinicio del plazo de prescripción, si el procedimiento sancionatorio se paraliza por causas imputables a la Administración durante cierto tiempo, de tal manera que si transcurrido el lapso previsto en la Ley, a partir de la fecha de esa paralización del procedimiento, operará la prescripción, que inclusive podrá ser declarada de oficio, y en consecuencia deberá declararse terminado el procedimiento.

Esa es la tesis recogida en el artículo 132 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrati-

vo Común español, que prescribe: "...Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, **reanudándose el plazo de prescripción** si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable". La lectura del dispositivo transcrito revela que la ley española en aras de preservar la seguridad jurídica y el derecho a la tutela judicial efectiva, que la jurisprudencia de ese país ha declarado que resulta invocable en sede administrativa, establece un plazo perentorio de paralización del procedimiento de más de un mes , para que se reanude el plazo de prescripción. Sin dudas que esta tesis normativa es pro derechos constitucionales, y constituye un factor que tiende a evitar la sustanciación *sine die* de los procedimientos sancionatorios, la cual inclusive puede llegar a ser utilizada, sobre todo en algunos países latinoamericanos, como un mecanismo de presión política.

Ha de advertirse que también la prescripción de las sanciones administrativas es susceptible de ser interrumpida, y generalmente constituye el factor de interrupción el inicio formal o material, desde luego, debidamente notificado al interesado, del procedimiento de ejecución, e igualmente la paralización del procedimiento ejecutorio por más de un mes aparece en la misma ley antes citada como causal de reanudación del plazo de prescripción.

Finalmente debemos referirnos a la figura de la **perención** del procedimiento sancionatorio, denominado por la doctrina española "caducidad", que consiste en que la inacción de la Administración una vez iniciado el procedimiento sancionatorio origina su perención, y en consecuencia la extinción de la responsabilidad administrativa. Con la consagración de esta figura se pretende también preservar el derecho a la tutela judicial efectiva, y el principio de seguridad jurídica, pues nada justifica que la Administración paralice en forma indefinida un procedimiento sancionatorio, perjudicando los referidos derechos del presunto responsable. Por el contrario, esa dejación de los órganos administrativos en el contexto del derecho a la tutela judicial efectiva, y el principio de seguridad jurídica, debe originar un beneficio para el investigado, que se traduce en la perención o extinción del procedimiento, y desde luego, la extinción de su eventual responsabilidad.

Conviene hacer notar que las normas y las decisiones jurisprudenciales, suelen imponer requisitos adicionales al mero transcurso del tiempo para que opere la perención, a saber: a) un lapso de paralización que generalmente es mayor que el fijado para que se pueda reiniciar el lapso de prescripción.

Casi siempre el lapso coincide con el fijado para la terminación del procedimiento; y b) en segundo lugar, el investigado debe poner en mora a la Administración, en el sentido de reclamarle la falta de decisión al vencimiento del plazo establecido. Es a contar de esa fecha que comienza a correr el término de perención que desde luego debe ser fijado por la Ley, el cual se perfeccionará solamente, si la Administración dentro del mismo no realiza ningún acto procedimental.

De manera que la perención del procedimiento sancionatorio únicamente opera ante la reiterada omisión de la Administración, lo que ha conducido a unos autores a sostener que si hipotéticamente un tercero estaba esperando la decisión de la Administración, para intentar por ejemplo una acción de daños y perjuicios, al tornarse como consecuencia de la perención del procedimiento nugatoria, entonces resultaría procedente que interpusiese la acción contra la Administración, invocando la causal de anormal funcionamiento.

2.3.2.7.7.4. **El Principio de prescripción en Venezuela**.

2.3.2.7.7.4.1. **La situación anterior a la Constitución de 1999**. Como demostramos en el capítulo I desde el mismo siglo XIX la Administración Pública comenzó a ejercer la potestad sancionatoria en forma gradual, pero a partir de los inicios de la década de los setenta del siglo XX, ese ejercicio se incrementó significativamente; no obstante, al igual que ocurrió en otros países las leyes que contenían normas sancionatorias carecían de previsiones relativas a la prescripción de las infracciones y de las sanciones, razón por la cual en vista de ese silencio normativo se impuso la tesis de la imprescriptibilidad de este tipo de infracciones. Es a partir de una sentencia dictada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia el 23 de febrero de 1995, en el caso de un juez que en su recurso alegó que para la fecha en que el extinto Consejo de la Judicatura lo sancionó la infracción había prescrito porque al momento del inicio del procedimiento habían transcurrido un año y siete meses, y en virtud de que en la Ley que regulaba al órgano sancionador no existía ninguna disposición sobre la figura invocada, solicitó la aplicación analógica del artículo 108, ordinal 6º del Código Penal.

En esa oportunidad el mencionado órgano jurisdiccional, como se trataba de la sanción de destitución, figura que en anteriores decisiones había sido equiparada a la pena contemplada en el artículo 112, ordinal 3º del

citado Código, denominada suspensión del empleo o inhabilitación en el ejercicio de la profesión, industria o arte, estimó que resultaba procedente aplicar analógicamente el invocado artículo 108, ordinal 6º del Código Penal, el cual establece un lapso prescriptivo de un año para los hechos punibles que sólo acarreen arresto o suspensión del ejercicio de la profesión industria o arte. De modo, pues, que por primera vez la Sala Político Administrativa decide transitar la senda de la analogía, a los efectos de admitir la prescriptibilidad de las infracciones administrativas, dado que las leyes correspondientes no contenían disposición alguna al respecto.

Por supuesto, que una sentencia de ese tenor adquirió un carácter general y su doctrina comenzó a ser invocada por todos aquellos a quienes se les imponía una sanción administrativa, inclusive en la modalidad disciplinaria, pues cuando desde la ocurrencia de la infracción hasta la iniciación del procedimiento sancionatorio había transcurrido más de un año, la infracción debía considerarse prescrita de conformidad con el citado dispositivo del Código Penal. Esa tendencia se ha mantenido, pues en el año 2000 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ante un recurso contencioso administrativo interpuesto contra un acto sancionatorio dictado por el Contralor General de la República, en virtud de que la Ley de 1995 que regulaba a la Contraloría General de la República, carecía de una disposición que contemplase la prescripción optó, reiterando una decisión del 22 de febrero de 1990, ante el argumento del recurrente relativo a la prescripción de la infracción, sustentado en la referida sentencia de 1995, por aplicar otra norma de corte penal (art. 314) regulatoria de la prescripción, no contenida en el Código Penal, sino en la vieja Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, que preceptúa: "La acción penal para perseguir las contravenciones y las penas que se impongan por éstas, prescribirán a los cinco años, salvo disposición especial. La prescripción se contará e interrumpirá con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal".

Queda evidenciada de esta manera que a partir de la década de los noventa del siglo pasado la tendencia jurisprudencial frente a la ausencia de normas que en las leyes administrativas consagratorias de la potestad sancionatoria a la Administración Pública, contemplaran la figura de la prescripción, fue la de admitir la procedencia de la misma sobre la base de la aplicación analógica de la norma específica del Código Penal, o de normas penales sustantivas aunque no formasen parte de dicho Código. Sin embargo, esa tendencia jurisprudencial que puede calificarse de progresista, frente a la otra que propugnaba la imprescriptibilidad, presentaba una particulari-

dad que de alguna manera afectaba el principio de seguridad jurídica, en virtud de que el Tribunal podía optar, sin mayor fundamentación conceptual o filosófica o inclusive hermenéutica, por aplicar analógicamente el Código Penal que traía un lapso de prescripción que podía estimarse como razonable, o cualquiera otra norma de carácter penal que estableciese un lapso mayor.

En efecto, no se requiere ser muy perspicaz para notar la incongruencia derivada de las dos sentencias citadas, pues las infracciones que podían cometer los sujetos sometidos a la Ley de la Contraloría consistía en una sanción principal de una multa, en cambio, la que podían cometer los jueces podía llegar hasta la destitución, y en el primer caso, porque se aplicó analógicamente la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el lapso de prescripción era de cinco años, y en el segundo, era de un año, sencillamente porque la aplicación analógica era del Código Penal.

Esa incongruencia en el fondo revela una lesión al principio de igualdad constitucional, porque ante la ausencia de una norma general o de normas particulares que regulen las distintas clases de infracciones administrativas, lo que se imponía, tratándose al final, todas de sanciones administrativas, era aplicar analógicamente una sola disposición, que por su carácter general, en nuestro criterio, no podía ser otra que la del Código Penal, máxime si tiene en cuenta que el artículo 7 del referido Código estatuye que sus disposiciones contenidas en el Libro primero se deben aplicar también a las materias regidas por otras leyes, en cuanto dicten penas y siempre que en ellas no se establezca nada en contrario. Por supuesto, siempre que se haga abstracción de la diferencia literal entre penas y sanciones, atendiendo a la potestad punitiva única del Estado.

Esta observación no es un mero prurito académico, porque a continuación veremos que a pesar de haber sido constitucionalizada la potestad sancionatoria de la Administración Pública en 1999, la situación no ha variado mucho, y en consecuencia, se presentarán las mismas opciones, e inclusive en mayor cantidad, sin que existan lineamientos claros que orienten, tanto a los ciudadanos que pretendan invocar la prescripción de la infracción o de la sanción, cuando no existan disposiciones en la correspondiente ley sectorial, y a los órganos administrativos que deben aplicar las sanciones, previa tramitación del procedimiento.

2.3.2.7.7.4.2. **La situación posterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999**.

2.3.2.7.7.4.2.1. **El panorama normativo**.

2.3.2.7.7.4.2.1.1. **Planteamiento general**. Era de esperarse que una vez constitucionalizada la potestad sancionatoria de la Administración Pública, que los legisladores obraran en consecuencia, e intentaran resolver el grave problema que significaba la inexistencia casi absoluta de normas que regulasen la prescripción de las infracciones y de las sanciones administrativas, bien mediante el establecimiento de una norma de carácter general, o estatuyendo en cada una de las leyes sectoriales, en función de la materia disciplinada, un lapso particular de prescripción, así como el momento de su inicio, como de las causales de interrupción. Inclusive bien hubieran podido adoptar una solución que combinase ambas opciones, es decir, otorgarle carácter supletorio a la norma general, y otorgarle primacía a las disposiciones particulares.

Lamentablemente los legisladores no optaron por ninguna de esas soluciones normativas, pues solamente transitaron parcialmente la segunda, ya que de la revisión de treinta y cinco leyes administrativas de las promulgadas a partir del año 2000, únicamente en nueve de ellas encontramos disposiciones, por lo demás bastante defectuosas e incompletas, destinadas a regular la prescripción de las infracciones y de las sanciones, dejando en el limbo tanto al resto de las leyes posteriores al mencionado año, como a todas las preconstitucionales que siguen vigentes por resultar compatibles con la Constitución de 1999.

2.3.2.7.7.4.2.1.2. **Las características de la regulación de la prescripción de las sanciones e infracciones en las leyes examinadas. Posibles soluciones**.

2.3.2.7.7.4.2.1.2.1. **¿Prescripción de las infracciones o de las sanciones, o de ambas?** Una correcta técnica legislativa, así como el respeto al adecuado marco conceptual y a la seguridad jurídica aconsejan regular tanto la prescripción de las infracciones, como de las sanciones administrativas. Al parecer esa no fue la línea seguida por los legisladores, según se desprende del análisis de las mencionadas leyes. En efecto, todas ellas se refieren a la prescripción de las infracciones o de las sanciones, es decir, omiten la regulación de ambas, sin embargo, debemos advertir que la gran mayoría aluden solamente a la prescripción de las infracciones, a saber: la

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF art. 114), la Ley del Estatuto de la Función Pública (arts. 87 y 88), la Ley de Registro Público y del Notariado (art. 96), La Ley de la Función Pública de la Estadística (art. 73), el Código Orgánico Tributario (art. 55, num. 2), la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (art. 408), y la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (art. 87). Sólo las Leyes de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (art. 47) y de Tránsito y Transporte Terrestre (art. 121) regulan únicamente la prescripción de las sanciones.

Por otro lado, la mayoría de esas leyes incurren en un error de técnica legislativa, quizás siguiendo la dicción de los Códigos Civil y Penal, pues establecen que la **acción para perseguir a las infracciones** prescribe..., cuando es obvio que la Administración cuando inicia un procedimiento e impone una sanción no ejerce ninguna acción, en términos procesales, como sí ocurre en materia civil y penal, por parte de los particulares y del Ministerio Público, pues se limita a ejercer una potestad a través de un procedimiento que la mayoría de las veces se inicia de oficio, razón por la cual resulta incorrecto predicar la prescripción de la acción, ya que en esa hipótesis por una parte prescriben las infracciones, y por otra, las sanciones administrativas, pudiendo perfectamente variar el lapso prescriptivo entre unas y otras, debido a que la Administración por las razones que sean se abstiene de ejercer la mencionada potestad durante determinado tiempo, no como expresan esos textos legislativos: **la acción**.

No obstante, la imperfección más importante a los efectos del ejercicio de los derechos de los particulares, es la omisión del establecimiento del plazo prescriptivo de las sanciones, o mejor de la regulación de la figura, omisión que únicamente no llega a producirse en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, y en la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, pero en cambio dichas leyes no regulan la prescripción de las infracciones. Ese error, al igual que otros que iremos señalando, revela el poco conocimiento que tienen los legisladores sobre esta institución, o sencillamente, quizás por efecto de la tradición, la poca importancia que le otorgan.

Pensamos que la solución radica en aplicar analógicamente la disposición que corresponda. Así, si es omitida la norma relativa a la sanción, y por consiguiente, el término de prescripción, debe aplicarse analógicamente la disposición que establece el lapso para que prescriban las infracciones, y si es omitida la relativa a las infracciones, entonces debe aplicarse de la misma

forma el precepto que fija el plazo prescriptivo de las sanciones. Nos parece que ante ese descuido del legislador, esta es la solución que más se ajusta a la voluntad de la Ley, aunque ciertamente desde el punto de vista conceptual pueda resultar válido pensar en que debería existir una diferencia en torno al lapso de prescripción que se establece para la sanción y para la infracción, pues luciría ilógico que estando prevista en la Ley, por ejemplo la prescripción de las infracciones, y omitida la de las sanciones, se pretenda sustentar una tesis sobre la imprescriptibilidad de estas últimas, y viceversa la omitida fuera la prescripción de las infracciones.

2.3.2.7.7.4.2.1.2.2. **El *dies a quo* o fecha de inicio del lapso de prescripción**. La regla general aceptada en la doctrina y en el Derecho comparado, siguiendo las pautas del Derecho penal, es que el lapso de prescripción se inicia desde el momento en que se comete la infracción, independientemente de que la Administración haya tenido o no conocimiento de ella. No obstante, esta regla se encuentra recogida solamente en tres de las leyes examinadas, pero una de ellas admite derogatorias. Esa es la solución contenida en las Leyes de la Función Pública de la Estadística, de Arrendamientos Inmobiliarios y de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), pero esta última deroga dicho principio en el caso de los funcionarios públicos, en virtud de que condiciona el inicio del lapso de prescripción a la cesación en el ejercicio del cargo que desempeñaba para el momento de la ocurrencia de la infracción, así como en la hipótesis de los funcionarios que gocen de inmunidad, en la cual el lapso de iniciará cuando cese esa inmunidad o ésta le sea allanada.

Por otro lado, las leyes de Registro Público y del Notariado y del Estatuto de la Función Pública, acogen un criterio totalmente superado, al marcar como momento de inicio de la prescripción, no aquel en que se cometió la infracción, sino la fecha en que la respectiva autoridad administrativa **tiene conocimiento del hecho**, y en cierto sentido esa es la misma solución de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras que coloca el inicio del lapso en la notificación al investigado de la apertura del procedimiento sancionatorio, que es equivalente a que la Administración tenga conocimiento de la infracción, e inclusive podría decirse que la situación resulta mucho peor para los administrados, porque perfectamente el órgano sancionador puede tener conocimiento de la infracción, y notificar el inicio del procedimiento, siendo entonces esa la fecha para comenzar el plazo de prescripción. En esa misma línea argumental conviene destacar que el Código Orgánico Tributario confunde los mecanismos de prescripción de

cobro de los tributos, con la prescripción de las infracciones tributarias, y coloca insólitamente el momento de inicio del lapso de prescripción en el **1º de enero del año calendario siguiente a aquél en que se cometió el ilícito**.

Por si fuera poco este confuso panorama normativo, se acentúa aún más, si se atiende a lo dispuesto sobre la materia por la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, que en su artículo 121 preceptúa: "Las infracciones sancionadas con multa prescribirán a los cinco (5) años contados a partir de la fecha de la notificación al sancionado de la decisión que pone fin al procedimiento que dio lugar a la sanción". La sola lectura del dispositivo transcrito revela la aludida confusión, pues pareciera querer referirse a la prescripción de las infracciones, pero por supuesto al indicar que se trata de aquellas que ya han sido sancionadas, resulta imposible que respecto de ellas pueda alegarse la prescripción, y además coloca como momento de inicio de la eventual prescripción la fecha de la notificación de la decisión del procedimiento que pone fin al procedimiento sancionatorio.

De modo, pues, que la única forma de entender esta disposición es interpretar que regula la prescripción de la sanción y no de la infracción, igual que lo hace, pero en términos muy claros la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que en su artículo 47 prescribe: "Las sanciones aplicadas prescriben por el transcurso de tres años, contados a partir de la notificación del infractor".

En nuestro criterio ante esta proliferación de criterios que niegan o matizan la regla general, aceptada casi universalmente, acerca de que el momento de inicio del decurso del plazo de la prescripción de las infracciones administrativas, no puede ser otro que el momento en que ellas se cometen, resultan válidos los argumentos formulados a favor de dicha tesis, expuestos anteriormente, y reafirmar que en la mayoría de los ordenamientos la postura contraria (inicio cuando la Administración tiene conocimiento y criterios similares) ha sido rechazada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, porque la misma en realidad constituye una negación de la prescripción, y en la práctica conduce a la imprescriptibilidad de las infracciones, máxime si se tiene en cuenta que el lapso de prescripción es susceptible de interrupción, mediante actos totalmente a disposición de la propia Administración.

Y lo que es más importante todavía: la postura bajo examen choca contra un principio general del derecho, como es el de la seguridad jurídica,

dado que no se requiere ningún esfuerzo interpretativo para demostrar esa clara colisión, cuando se coloca como momento para el decurso del lapso de prescripción, aquel en que la autoridad administrativa tiene conocimiento de la infracción, pues de esa manera en términos extremos la prescripción de una infracción puede llegar –debido a esa prórroga *sine dies*– a ser mayor que la de un delito como el homicidio, dando lugar a una verdadera imprescriptibilidad, y lo que es peor en nuestros países, a que la autoridad administrativa pueda manipular a su antojo la fecha de la infracción.

En nombre de ese mismo principio general del derecho de la seguridad jurídica, por cierto positivizado en la Constitución (art. 299), también resulta inaceptable prorrogar el inicio del plazo de prescripción de la infracción del funcionario público, tomando como base la fecha de cesación en el ejercicio del cargo, e igualmente carece de todo sentido prorrogar ese momento en función de la inmunidad de que disfruten los funcionarios públicos, pues esta figura de orden constitucional de ninguna manera se extiende a la responsabilidad administrativa en que pueden incurrir estos funcionarios, como consecuencia del manejo de bienes públicos. Ni mucho menos se puede extender al 1º de enero del año siguiente de aquel en que se cometió el ilícito tributario, como aparece establecido en el Código Tributario.

Finalmente, sobre el momento de inicio de la prescripción de las sanciones existe coincidencia en las dos leyes que regulan esta materia, es decir, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas y la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, pues ambas lo colocan en la fecha de la notificación del acto sancionatorio, solución que nos parece acertada, en virtud de que como es sabido la notificación es una condición de eficacia de los actos administrativos, e inclusive este criterio pareciera mejor, a los fines de la tutela de la seguridad jurídica, que el relativo al inicio de la ejecución del acto, manejado en otros ordenamientos. Igualmente en este caso, ante la omisión legislativa sobre el inicio del plazo de prescripción de las sanciones en las restantes leyes, estimamos que resultan aplicables analógicamente los dispositivos contenidos en las dos leyes antes identificadas.

2.3.2.7.7.4.2.1.2.3. **La interrupción de la prescripción de las infracciones y sanciones, y la reanudación del plazo de prescripción**. Observamos que casi todas las nueve leyes examinadas, omiten identificar las situaciones, por lo demás básicas en materia de prescripción, que permiten su interrupción, tanto de las infracciones como de las sanciones. En efecto, sólo la LOCGRSNCF y la Ley de la Función Pública de Estadística, contienen

disposiciones que fijan criterios de interrupción. La primera configura situaciones muy particulares, ajustadas a la función sancionatoria que le corresponde realizar, a saber: a) la información suministrada al imputado durante las investigaciones preliminares, b) la notificación a los interesados del auto de apertura del procedimiento sancionatorio y; c) por cualquier actuación fiscal notificada a los interesados en la que se haga constar la existencia de irregularidades, siempre que se inicie el procedimiento de determinación de responsabilidades establecido en esa Ley.

Como expresamos antes, se trata de causales de interrupción muy particulares, pero como no es el caso entrar a analizarlas, sólo nos limitamos a observar que la primera y la tercera, al no tener plazo de finalización las investigaciones preliminares, ni plazo fijado para iniciar el procedimiento de determinación de responsabilidades, la causal queda enteramente en manos de la Contraloría General de la República y de los demás órganos de control fiscal, lo que en estos tiempos en Venezuela, no juega precisamente a favor de la transparencia y de la seguridad jurídica en materia de prescripción.

El artículo 73 de la Ley de la Función Pública de Estadística trae, dentro del aludido panorama normativo confuso y hasta anárquico, una norma sobre interrupción de la prescripción que puede considerarse modélica, que preceptúa: "...El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiere cometido, y **se interrumpirá por la iniciación, con notificación del interesado, del procedimiento sancionador,** volviendo a correr el plazo si el expediente permanece paralizado por más de seis meses por causa no imputable al infractor".

Consideramos tal como lo establece el precepto transcrito que la iniciación del procedimiento sancionador, con la debida notificación al interesado, debe ser la regla general que prive en materia de interrupción de la prescripción, sin que desde luego, las leyes dependiendo de la naturaleza de la materia regulada, puedan establecer matizaciones a dicha regla, como ocurre con la citada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República; de allí, que ante el silencio de las restantes siete leyes, y por supuesto de todas las leyes que regulan el ejercicio de potestades sancionatorias por parte de la Administración Pública, deba regir la mencionada regla, que debemos aclarar está montada sobre dos variables: una la iniciación formal del procedimiento sancionatorio, lo que excluye por ejemplo las actuaciones preliminares a esa iniciación que pueda realizar la Administración, y la otra la notificación del investigado, conforme al régimen previsto en la Ley.

En conclusión, para determinar la situación y por supuesto la fecha de la interrupción de la prescripción por parte de la Administración en todas las leyes que carezcan de disposición en tal sentido, deberá aplicarse el artículo 73 de la Ley de la Función Pública de la Estadística, que contiene la regla general, y no otro texto legislativo que contenga reglas particulares, como por ejemplo la LOCGRSNCF.

Por lo que respecta a la interrupción de la prescripción de la sanción, ante el silencio normativo de las leyes examinadas, así como de las otras que regulan el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, pensamos que debe aplicarse la regla, salvo disposición expresa en contrario, contenida en el artículo 47 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que coloca el inicio de la interrupción en la notificación del acto sancionatorio al infractor. Cabe destacar que artículo 73 de la Ley de la Función Pública Estadística, fue tomado de la ley similar española, y quizás a ello se deba que recoja la **reanudación** de la prescripción interrumpida con la iniciación del procedimiento sancionatorio y la notificación del interesado, en virtud de la paralización de dicho procedimiento por el lapso de seis meses, por causas no imputables al investigado.

Sin dudas que esta es una norma progresista, porque de lo contrario habría que admitir la validez de una disposición absolutamente contraria a los derechos ciudadanos, especialmente a la tutela judicial efectiva, en sede administrativa, y a la seguridad jurídica, como la contenida en el artículo 96 de la Ley Registro Público y del Notariado, que establece: **"La prescripción se interrumpe con la notificación al funcionario investigado. Una vez practicado este acto y mientras se tramita el proceso no correrá lapso de prescripción alguno"**, que dicho sea de paso es la que ha privado hasta ahora en toda la Administración Pública.

Por lo tanto, a la luz de la disposición contenida en el artículo 73 de la citada Ley de la Función Pública de Estadística, aunque el lapso de seis meses de paralización previsto en el mismo resulta excesivo, pues basta señalar que el modelo contempla uno mucho menor, debe concluirse que salvo en el caso de la Ley de Registro Público y del Notariado, resulta procedente la **reanudación del lapso de prescripción**, si se produce la mencionada paralización del procedimiento por el indicado lapso. Por supuesto, que se trata de una modalidad atípica de aplicación analógica de la ley, pero en este caso más que de analogía se trata de una integración normativa, atendiendo a la naturaleza de una institución como la prescripción

de infracciones administrativas, vinculada a la preservación del derecho de libertad, en la forma amplia antes explicitada, pues entran en juego el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de seguridad jurídica, de tal manera que se trata de una interpretación *secundum* esos derechos, que es la regla hermenéutica cuando de derechos fundamentales se trata.

2.3.2.7.7.4.2.1.3. **La perención del procedimiento sancionatorio**. Cabe plantearse si en Venezuela resulta procedente la perención del procedimiento sancionatorio, ante la ausencia de una Ley que la consagre de manera general, o sencillamente de forma particular, pese a que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su artículo 64 la contempla, sobre la base de la paralización del procedimiento durante dos meses, por causas imputables al interesado, pero únicamente en los procedimientos que se inician a instancia de éste, siempre y cuando la Administración notifique al interesado y éste no proceda a reactivar el procedimiento.

Por otro lado, cabe destacar que excepcionalmente la Ley Orgánica del extinto Consejo de la Judicatura de 1988 contemplaba la perención del procedimiento, en su artículo 65, así: "La instancia del procedimiento disciplinario se extingue de pleno derecho en aquellos casos en los cuales durante dos (2) años no haya ocurrido ninguna actuación procesal, de oficio, o de las partes, que impulse el procedimiento. Para la extinción de los procedimientos disciplinarios en curso se dejará transcurrir en todo caso". Sin embargo, hay que dejar constancia, que la interpretación proveniente de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, la tornó totalmente nugatoria.

Efectivamente, mediante una interpretación retrógrada esa Sala declaró que solamente procedía la perención del procedimiento, cuando los dos años transcurrían sin ninguna actividad procedimental desde la apertura del procedimiento, lo que debido a la forma como estaba estructurado dicho procedimiento resultaba casi imposible, pues casi siempre el iter procedimental conducía a la designación del ponente. Pues bien, la Sala decidió que la designación del ponente era equivalente a la vista de la causa en el procedimiento ordinario, y que al igual que lo disponía el Código de Procedimiento Civil debía interpretarse, que después de designado el ponente no procedía la perención contemplada en el artículo 65 de la Ley, produciéndose situaciones absolutamente anómalas, por no darle otro calificativo, de expedientes que tenían siete, ocho, nueve y hasta diez años en que los jueces se mantenían subjudices en el ámbito disciplinario, con las correspondientes consecuencias,

sin que el designado presentara el proyecto de decisión. De modo, pues, que una previsión legislativa, debido a una interpretación a todas luces errada, se tornó absolutamente nugatoria. Para concluir el relato de la situación, debemos destacar que la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1998, que derogó a la de 1988, también a su vez derogada por incompatibilidad con la Constitución de 1999, suprimió la aludida disposición.

Ahora bien, en Venezuela visto el casi inexistente desarrollo normativo y jurisprudencial en lo tocante a la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, nunca se ha planteado ni siquiera una discusión académica, a pesar de la indicada norma de la LOPA, y de la clarísima disposición de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 1988, sobre la perención, como mecanismo de extinción del procedimiento sancionatorio, y por ende, de la responsabilidad administrativa.

Sin embargo, observamos que esa discusión ahora constituye un verdadero imperativo, porque la Constitución de 1999 define a Venezuela como un Estado democrático, social de derecho y de justicia, y por supuesto que la justicia no está circunscrita a la impartida por los órganos del Poder Judicial, máxime en un país donde la Administración ejerce sustantivamente el rol de Juez, cuando dicta los denominados impropiamente actos "cuasijurisdiccionales", al resolver conflictos entre los particulares, en áreas como la laboral, inquilinaria, económica (propiedad industrial, competencia, seguros, bancos, telecomunicaciones), etc, y al mismo tiempo es "Juez y parte" de sus propias decisiones, cuando decide los recursos administrativos (reconsideración, jerárquico y de revisión) interpuestos contra sus propios actos.

En ese contexto, no queda mas que compartir la tesis del Tribunal Constitucional español que proclama la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva en sede administrativa. Y en ejercicio de ese derecho el administrado o interesado tiene derecho a obtener con prontitud una decisión del órgano sancionador, pues de lo contrario es colocado en una situación de inseguridad jurídica originada en la abstención o negligencia de la Administración, que abre un procedimiento sancionatorio y lo prolonga más allá del límite establecido en la Ley, o más allá del plazo razonable no establecido en ninguna Ley. De modo, pues, con la finalidad de evitar la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y del principio de seguridad jurídica, la paralización del procedimiento por causas no imputables al investigado, debe originar la perención del procedimiento.

Quedaría por determinar cuál sería el lapso que debería durar la paralización para que procediese la perención, y si el administrado estaría obligado a poner en mora a la Administración al vencimiento de ese lapso. Al respecto pensamos que ese lapso no debe ser tan largo como el que estaba contemplado en la derogada Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura (dos años), razón por la cual tampoco debería ser superior a seis meses, que incluye el ordinario de cuatro meses, más los dos meses de prórroga, previstos en el artículo 60 de la LOPA, que es el plazo máximo para la tramitación y resolución de todo tipo de expedientes, y que además coincide con el previsto en la Ley de la Función Pública de la Estadística, para que se reinicie el lapso de prescripción. Por supuesto, que nada impide que sea un lapso menor, por ejemplo, el de dos meses contemplado en el artículo 64 de la LOPA.

No tenemos dudas, en ese mismo plano de interpretación ajustado a los principios constitucionales, acerca del deber del investigado de poner en mora a la Administración, una vez vencido el plazo de paralización de los seis meses, para que se perfeccione la perención, siempre que ante ese requerimiento la Administración no realice ningún acto de reactivación del procedimiento, pues así está previsto en el artículo 64 de la LOPA, para la hipótesis de la perención de los procedimientos iniciados a instancia de los administrados, configurándose en un deber de la Administración, o mejor en una condición de validez de la perención.

En suma, consideramos que pese a la ausencia de norma expresa en materia de perención de procedimientos sancionatorios, la interpretación concordada del artículo 64 de la LOPA, con los derechos constitucionales a la igualdad, a la tutela judicial efectiva y al principio de seguridad jurídica, impone a la Administración la declaratoria de perención de los procedimientos sancionatorios, cuando el procedimiento esté paralizado por más de seis meses por causas no imputables al investigado, y éste ponga en mora a la Administración, sin que ésta emane ningún acto tendiente a reactivarlo en un plazo igual de seis meses.

Por lo demás, la admisión de esta figura servirá para poner fin a una práctica perniciosa que consiste en mantener abiertos los expedientes sancionatorios durante tiempos verdaderamente exagerados, que desde luego superan muchas veces el indicado lapso seis meses contemplado en la LOPA, para poner fin a todo tipo de procedimiento, e inclusive a los lapsos particulares establecidos en las respectivas leyes especiales.

2.3.2.7.7.4.2.1.4. **Norma que debe aplicarse analógicamente para cubrir los vacíos en la gran mayoría de leyes pre y postconstitucionales, que no contemplan a la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas**. Después de haber examinado los aspectos más importantes de la prescripción de las infracciones y de las sanciones en Venezuela, y en el entendido de que todas las tesis antes expuestas, aunque son absolutamente discutibles, tienen pertinencia conceptual y constitucional, queda por intentar dilucidar el aspecto más relevante del asunto. Se trata de que el panorama normativo después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, sigue casi igual al existente antes de ese año, pues apenas un reducido número de leyes postconstitucionales contemplan a la prescripción, y todas con regulaciones insuficientes, pero sobre todo diferentes en cuanto concierne al lapso prescriptivo. Además siguen vigentes los artículos 7 y 108, ordinal 6º, del Código Penal.

La gran interrogante gira en torno a si deben aplicarse supletoriamente las disposiciones sobre el lapso prescripción contenido en las mencionadas leyes, o debe aplicarse el Código Penal. Para que se tenga una idea de las mencionadas diferencias significativas, a continuación enumeramos dichos lapsos: así la Ley de la Función Pública de la Estadística fija diversos plazos en función de la gravedad de las infracciones, para las leves dieciocho (18) meses, para las graves tres (3) años, y para las muy graves cinco (5) años; la Ley de Registro Público y del Notariado, dos (2) años; la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, tres (3) años; la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios, dos (2 ) años; la Ley del Estatuto de la Función Pública, seis (6) meses para las infracciones sancionadas con amonestación escrita; y ocho (8) meses para las sancionadas destitución; la LOCGRSNCF, cinco (5) años, el Código Orgánico Tributario, cuatro (4) años, pudiendo extenderse a seis (6) años, la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, cinco (5) años y la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, cinco (5) años. A lo anterior hay que agregar que existen unas pocas leyes preconstitucionales que contemplan lapsos de prescripción, como la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que también deberán ser tomadas en cuenta, según el criterio que se adopte para la aplicación analógica, a los fines de la determinación del plazo de prescripción.

De lo expuesto se observa que de las leyes examinadas no es posible derivar una tendencia que apunte hacia un lapso mínimo y otro máximo de prescripción, pues los lapsos van desde los seis meses hasta los seis años, pudiendo inclusive superar esos seis años, en virtud de la inexistencia de

una norma general que establezca un término máximo, lo que pudiera considerarse procedente y deseable (establecimiento de un lapso máximo), si se tiene en cuenta que la prescripción opera sobre el género de las infracciones administrativas, y que la sanción más emblemática es la pecuniaria, pese a las diversas modalidades que pueden adoptar las sanciones administrativas. Por supuesto, que siempre quedará abierta la posibilidad de aplicar el test de compatibilidad constitucional a las normas sancionatorias, que establezcan lapsos exagerados de prescripción, por considerarse violatorias del principio de proporcionalidad, mediante la interposición de la correspondiente acción de inconstitucionalidad.

Por consiguiente, esta proliferación de plazos así como la vigencia de los indicados artículos del Código Penal conduce a dos soluciones posibles: 1) atendiendo a la naturaleza de la potestad sancionatoria de la Administración optar por aplicar analógicamente las disposiciones sobre prescripción existentes en las leyes administrativas; 2) optar por la aplicación del plazo único de un año contenido en el Código Penal. Las reglas elementales de lógica apuntan hacia la primera solución, porque al fin y al cabo la potestad ejercida por la Administración es la misma aunque, la materia regulada sea distinta, y también es la misma la finalidad que se persigue con la aplicación del principio de prescripción. Pero esta afirmación no llega a resolver ni remotamente la situación problemática, aun cuando la aplicación analógica aparezca acotada por la equivalencia entre la materia disciplinada en el texto legislativo que carece de la disposición sobre prescripción, y la materia regulada en la ley que se pretende aplicar analógicamente.

Pues, ocurre que la determinación de la eventual equivalencia entre las materias aparentemente equivalentes reguladas en dos leyes distintas, es sumamente difícil, sobre todo en el ámbito económico, así como en general en todos los demás ámbitos, debido a la diferencia entre los intereses públicos tutelados en cada caso. Así, por ejemplo, pareciera susceptible de aplicación analógica, a los fines de determinar la prescripción de las infracciones contempladas en la Ley del Banco Central de Venezuela, el artículo 406 de la Ley General de Bancos y de otras Instituciones Financieras, que fija el plazo prescriptivo en cinco años, pero cuando se compara la naturaleza de las infracciones contempladas en ambas leyes, la equivalencia tiende a disiparse.

Debido a esa dificultad casi insuperable, o por lo menos sujeta a múltiples discusiones, somos partidarios de optar por una solución transaccional, mientras se sanciona una Ley sobre el procedimiento administrativo

sancionatorio común, que regule la situación bajo examen. Esa solución está anclada sobre la norma positiva contenida en el artículo 73 de la Ley de la Función Pública de la Estadística, tomada de la similar española, que establece diversos lapsos en función de la gravedad de la infracción, y lo más importante es que esos lapsos dentro del contexto de la variedad de los fijados en las distintas leyes, lucen sumamente razonables, si se tiene en cuenta la gravedad relativa de este tipo de infracciones, así como que la sanción más frecuente es la multa. Recordamos que los referidos lapsos son los siguientes: **dieciocho (18) meses** para las sanciones leves; **tres (3) años,** para las sanciones graves, y **cinco (5) años**, para las sanciones muy graves.

Reconocemos que no existe en Venezuela la práctica en el desarrollo del procedimiento legislativo de calificar las sanciones según su gravedad, aunque ciertamente existen algunas excepciones, y que esa práctica lo que revela en términos generales es que se tipifican infracciones en forma general. Sin embargo, lo que no puede negarse, como quedó demostrado anteriormente, es la plena vigencia del principio de proporcionalidad, que encuentra concreción en el ámbito sancionatorio en el equilibrio que debe existir entre infracciones y sanciones.

De modo, pues, que si se admite como válida nuestra tesis de adoptar como modelo normativo el artículo 73 de la mencionada Ley, que dicho sea paso contiene una escala bastante equilibrada, en virtud de que el lapso prescriptivo mínimo es de dieciocho meses y el máximo de cinco años, se dejaría en manos de la Administración la calificación de la infracción, atendiendo a su gravedad, y por consiguiente, el pronunciamiento a instancia del interesado o de oficio, sobre la prescripción de la infracción, por supuesto, siempre sujeta al control posterior de los órganos de la Jurisdicción Contencioso administrativa.

En otros términos, solicitada la prescripción de la infracción, porque el interesado considera que es grave, corresponderá a la Administración determinar si la calificación otorgada por el solicitante, se ajusta o no a derecho, y atendiendo a dicha determinación, procederá a emanar su pronunciamiento sobre la prescripción, atendiendo a los plazos establecidos en el artículo 73 de la Ley de la Función Pública de la Estadística.

## CAPÍTULO III

## LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

### 3.1. **La noción de sanción**.

3.1.1. **La noción original (sentido amplio)**. Señala SERRAO (1973), al estudiar el concepto de ley en el Derecho Romano, y hacer una especie de disección estructural de la ley romana de los primeros tiempos, que la misma estaba integrada por la **praescriptio**, referida básicamente a sus datos formales (magistrado proponente, la Asamblea que la sancionaba, la fecha de la sesión de dicha Asamblea, etc.); la **rogatio**, que constituía el texto de la ley, es decir, su contenido esencial; y la **sanctio,** integrada por un conjunto de cláusulas o disposiciones destinadas básicamente a "asegurar la eficacia de la ley, y a garantizar su aplicación".

Esta última acepción que puede considerarse original, es la que va a dar lugar al concepto amplio de sanción; el cual responde, según ROSSINI (1991) a la consagración en el ordenamiento de un conjunto de institutos, destinados a garantizar la efectividad de las leyes, mediante: a) la invalidación de los actos ilícitos, suprimiéndole de manera absoluta o relativa sus efectos (**nulidad**); b) la eliminación de los efectos producidos por los actos ilícitos, mediante su anulación, o estableciendo medidas dirigidas al resarcimiento de los daños u otras medidas resarcitorias y; c) el castigo del autor del acto ilícito.

Es cierto que la tesis expuesta por Rossini permite observar claramente el concepto amplio de sanción, en virtud de que alude a la **nulidad** de los actos ilícitos, a la **nulidad** de los efectos de dichos actos, a la restitución o reparación de los daños causados por el acto ilícito (violatorio de la norma), y al castigo del autor del acto ilícito, de tal manera que en ese contexto deberá reputarse como sanción a la nulidad del acto ilícito, civil o administrativo, a la restitución de la situación infringida, o al resarcimiento o reparación del daño causado por ese mismo acto, o a la imposición de un castigo al autor del acto ilícito.

Ahora bien, a la luz del contenido de los párrafos anteriores, cabe predicar la existencia de un nexo de causalidad entre sanción y hecho ilícito, dado que la primera únicamente cobra existencia, ante la ocurrencia de un hecho ilícito debidamente comprobado, mediante el procedimiento que corresponda, el cual puede ser conceptuado en sentido amplio como toda conducta *contra ius*, o sea, aquella que comporta la violación de una norma del ordenamiento jurídico. Por tanto, la ilicitud puede ser penal, civil o administrativa, y por supuesto, la medida desventajosa o el mal infligido al autor del hecho ilícito, será una sanción penal, civil o administrativa, según el caso.

Esta tesis acerca del concepto amplio de sanción, pese a su actual superación, sigue encontrando fundamento en la idea original surgida en Roma, pues al fin y al cabo todo ordenamiento jurídico, como afirma BOBBIO (1969), debe contener los elementos que garanticen su no disolución como consecuencia de la inobservancia de las normas que lo integran, los cuales están constituidos por "las medidas previstas en el mismo ordenamiento jurídico para reforzar la observancia de sus propias normas, y eventualmente para remediar los efectos de la inobservancia". Sin dudas que la afirmación del mencionado autor, da pie para que se repute a **la nulidad** como una sanción, pues es evidente que de alguna manera, y en muchos casos, sirve para remediar los efectos de la inobservancia de las normas.

3.1.2. **La noción derivada (sentido restringido)**. El concepto amplio de sanción originado en la estructura de la antigua ley romana fue superado hace mucho tiempo, de tal manera que en la ley moderna de norma secundaria, la *sanctio* pasa a ser el efecto jurídico de la violación de la norma de primer grado, como afirma Rossini, manteniendo la terminología de Serrao. O sea, que se sustituye por el concepto restringido, el cual se articula –insistimos– en el efecto jurídico de la violación de la norma, que se traduce en el castigo del violador o infractor (efecto aflictivo). La recepción de esta tesis por la doctrina, la jurisprudencia y el Derecho positivo condujo a que se proscribiera definitivamente al

mecanismo de la nulidad como sanción, lo que no impidió y no ha logrado impedir que todavía en medios forenses se siga utilizando con tal connotación; no obstante, en ese supuesto, vista la casi unanimidad doctrinaria y jurisprudencial acerca de la acepción restringida implicada en el concepto de sanción, el uso de la expresión obedece al sentido lato originario, y nada obsta para que pueda llegar a ser introducida en determinado contexto expositivo jurídico (dictamen, texto e inclusive sentencia), pero no puede ni debe ser confundida de ninguna manera con la figura jurídica de la sanción, es decir, con un mal infligido a cualquier ciudadano por la autoridad competente, por haber violado una norma del ordenamiento jurídico. En otras palabras, en esos casos el término sanción asociado a la nulidad del acto ilícito, aunque refleja la idea relativa a la garantía de la eficacia del ordenamiento jurídico, carece de rigor técnico jurídico, y tal vez sería preferible descartar su uso para evitar confusiones que podrían hasta reflejarse en textos legislativos, con los consiguientes problemas interpretativos.

Por consiguiente, la exclusión de la **nulidad** de la connotación conceptual de sanción, en el marco de la indicada tesis, conduce a que dicha connotación aparezca centrada únicamente en el mal infligido por la autoridad competente a la persona que viole una disposición legal. Por supuesto que ese "mal" puede consistir en penas corporales o privativas de la libertad (presidio, prisión, arresto, etc.) y en penas no corporales o no privativas de la libertad, dentro de las cuales destaca la multa, pero un sector de la doctrina incluye dentro de esta última categoría a unas modalidades tan importantes como dicha sanción pecuniaria, o en algunos casos más importantes que ésta, tanto desde la perspectiva cuantitativa, como cualitativa, las cuales han sido denominadas por la doctrina interdictivas o prohibitivas y reparatorias o resarcitorias, tales como la inhabilitación para el ejercicio de una profesión o arte, y la revocatoria de licencias, autorizaciones, caducidades derivadas de incumplimientos, expulsiones, inhabilitaciones, etc.).

No obstante, cabe advertir que otro sector de la doctrina rechaza, en el marco de la tesis que postula el concepto restringido de sanción, que las denominadas reparatorias o resarcitorias puedan ser reputadas como sanciones, en virtud de que ellas inciden sobre la "res", y no sobre el sujeto infractor, al igual que ocurre con la nulidad, cuya consecuencia es la supresión del acto ilícito, quedando el infractor excluido en forma directa de la norma sancionatoria. Esta discusión sigue abierta, y corresponde siempre al Derecho positivo fijar una posición al respecto, como tendremos ocasión de constatarlo cuando examinemos algunos textos legislativos venezolanos, desde luego, en la esfera del Derecho Administrativo.

Por lo pronto, haciendo abstracción de la aludida discusión, podemos afirmar que las primeras tienen carácter penal (presidio, prisión, arresto, etc.) y las segundas (multa, interdictivas, reparatorias, etc.), básicamente carácter administrativo, pero en todo caso lo que interesa destacar es que en principio todas son aflictivas, en tanto en cuanto causan un mal a la persona que infringe una norma jurídica. Esta variable, como lo demostraremos más adelante, resulta fundamental para identificar sobre todo a las sanciones administrativas, pues suele presentarse cierta confusión con algunos actos dictados por la Administración, verbigracia la resolución de un contrato administrativo, los cuales tienden a ser reputados como sanciones, pero que al carecer del indicado carácter aflictivo pierden la posibilidad de ser encuadrados dentro de la categoría de actos sancionatorios administrativos.

CARNELUTTI (1955) clasifica en términos generales a las sanciones en preventivas y sucesivas o represivas. Las primeras "tienden a garantizar el orden ético creando a quien se sienta tentado a hacer el mal una situación de *imposibilidad*, o al menos de *dificultad física*, para hacerlo, o bien una situación económica en no hacerlo", menciona entre ellas a la prisión. Las segundas "no miran tanto a impedir el mal cuanto a eliminarlo en el campo económico o moral", menciona entre ellas a la restitución, al resarcimiento y a la reparación del daño, así como a las medidas de seguridad.

Es necesario subrayar que en el estado actual de la Teoría General del Derecho, resulta concluyente que prevalece la tesis acerca del concepto restringido de sanción, articulado sobre la base de dos variables: la violación de una norma del ordenamiento jurídico, y la respuesta de éste mediante la imposición de un mal o castigo al infractor, lo que permite postular la existencia de sanciones penales y administrativas, y en algunos ordenamientos como el italiano de sanciones civiles, y que en ese contexto es posible derivar un conjunto de sanciones encuadradas en dos grandes categorías: las corporales y las no corporales, estando integradas las primeras, en principio, sin necesidad de atender a los elementos formales relativos a las autoridades competentes para su imposición y al procedimiento seguido por éstas, en las denominadas **sanciones penales**, y las segundas en las denominadas **sanciones administrativas**, siendo algunas de éstas calificadas en ciertos ordenamientos como **sanciones civiles**.

3.2. **La ubicación y definición de sanciones administrativas**. En el acápite anterior asentamos que en general las sanciones se dividen en penales y administrativas, como expresión del *ius puniendi* único del Estado,

pero que en algunos ordenamientos resulta posible encontrar recogida la noción de sanciones civiles, casi siempre vinculada a la responsabilidad civil. En consecuencia, las sanciones administrativas constituyen una de las dos expresiones del poder punitivo de los órganos estatales, y estructuralmente responden a la noción de sanción antes explicitada, en virtud de que igualmente aparecen construidas sobre las variables, violación de una norma jurídica e imposición de un mal al infractor, desde luego, con las particularidades correspondientes, referidas a que la indicada violación normativa tiene que originar un ilícito administrativo, y que el mal infligido al transgresor no debe revestir carácter corporal. Igualmente contribuyen a identificar este tipo de sanciones, dos elementos formales, como son la autoridad y el procedimiento seguido para su imposición, visto que casi siempre debe tratarse de una autoridad administrativa, y siempre de un procedimiento administrativo.

En ese contexto la sanción administrativa puede ser definida como el mal infligido a una persona, por una autoridad estatal en ejercicio de una potestad administrativa, mediante la incoación del debido procedimiento, por haber desplegado una conducta violatoria de una norma del ordenamiento jurídico, la cual aparece tipificada como infracción.

3.3. **Análisis de la definición**. Reconocemos que la definición anterior tiene un carácter meramente descriptivo, pero la hemos formulado así deliberadamente, con la finalidad de examinar a partir de ella, todos los elementos, tanto los esenciales, como los complementarios, implicados en el concepto de sanción administrativa.

3.3.1. **El carácter aflictivo de la medida sancionatoria**. Reiteramos que éste es uno de los dos elementos fundamentales del concepto de sanción, pues en párrafos precedentes ha quedado clara la superación de la tesis originaria del Derecho Romano relativa a que se trataba de una cláusula secundaria de la norma, destinada únicamente a garantizar su efectividad, y por ende, del ordenamiento jurídico, finalidad esta a cuyo logro, sin dudas, sigue contribuyendo indirecta, pero significativamente, pero la cual de ninguna manera tiene carácter esencial, pues ya hemos dicho que en los ordenamientos actuales aparece conceptuada como el efecto jurídico aflictivo vinculado a la violación de una norma de naturaleza administrativa, generalmente con un propósito fundamentalmente represivo.

El referido carácter aflictivo se traduce en términos generales en una medida desfavorable ("mal") para los derechos del administrado infractor, que se traduce, según GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) en la "privación de un bien o

de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa; anteriormente a la Constitución... incluso arresto personal del infractor". En ese orden de ideas, algunos autores afirman que debe revestir ese carácter aflictivo, porque básicamente su finalidad es castigar al responsable del ilícito, razón por la cual va más allá de la satisfacción del eventual interés público lesionado, y está orientada más bien a obtener el respeto de los ciudadanos al ordenamiento jurídico, de tal manera que "si la adopción del acto comporta después también la reparación del interés lesionado, se trata de un fenómeno sólo eventual, secundario e indirecto", (M. SANDULLI 1983). De esa misma orientación doctrinaria participa BENVENUTI (1955), al afirmar que la denominación sanción administrativa debe reservarse a la imposición de una medida desventajosa para el administrado, no con la finalidad de garantizar la satisfacción de un interés de la Administración, al cual concurre de manera indirecta, "limitándose a constituir un efecto dañoso para quien haya desarrollado un comportamiento violatorio de una norma jurídica".

La tesis compartida por Sandulli y Benvenuti, que resulta predominante en la doctrina italiana, pese a que admite que la medida adoptada por la Administración debe tener carácter desfavorable o dañoso para el administrado, al vincular el efecto aflictivo a la finalidad de las sanciones, dejando de lado la posible reparación del interés público lesionado, puede resultar restrictiva del concepto de sanción administrativa, pues según esa orientación doctrinaria, no tendrían ese carácter muchas de las sanciones reparatorias propias del Derecho Urbanístico y ambiental, como aquellas que obligan a los transgresores a reponer la situación urbanística o ambiental, al estado originario anterior a la infracción, pues en ese caso el "mal" infligido al administrado está dirigido a la reparación del interés específico público lesionado, y de manera indirecta a lograr el respeto de los ciudadanos al ordenamiento jurídico.

Cabe recordar que esta postura aparece articulada en torno a la identificación del sujeto o cosa sobre el cual recae directamente el "mal" que comporta la imposición de la sanción por parte de la Administración. En esa línea argumental sólo admiten que el carácter aflictivo de la sanción únicamente puede afectar al sujeto, a la persona, pero no a la cosa, "res", de manera directa, razón por la cual, por ejemplo, en el caso de la orden de demolición de una construcción para reponer un determinado inmueble a la misma situación en que se encontraba antes de dicha construcción, incide directamente sobre la cosa, mas no sobre el sujeto infractor, motivo por el cual esa actuación administrativa carecería del aludido carácter aflictivo.

Sin embargo, lo importante de destacar de dichas posturas doctrinarias, es que coinciden en que el "mal" o la medida desfavorable impuestos al administrado, constituye uno de los elementos esenciales de la connotación conceptual de la sanción administrativa. Más adelante, al abordar la clasificación de este tipo de sanciones, examinaremos la tesis más que restrictiva formulada por los citados autores italianos.

3.3.2. **La autoridad estatal competente para imponer la sanción**. En la definición propuesta preferimos utilizar la expresión "autoridad estatal" competente, en lugar de autoridad administrativa competente, pese a que en la gran mayoría de los casos, la sanción es impuesta por el titular de un órgano administrativo, con la finalidad de cubrir a todos los legitimados por el ordenamiento jurídico para adoptar actos sancionatorios. En esa línea argumental cabe recordar, que ciertamente los titulares de los órganos que conforman a las Administraciones Públicas, en sus diversos niveles, en el caso de los Estados Federales o de base regional, caracterizados por la descentralización territorial, o de la Administración Pública en el caso de los Estados unitarios, y en ambos casos en sus diversas ramas, tienen atribuida por las leyes la potestad para imponer sanciones, de tal manera que corresponde a ellos ejercer esa potestad en un porcentaje muy cercano al ciento por ciento.

No alcanzan el referido porcentaje, porque como es sabido la función administrativa es ejercida en forma excepcional también por el Poder Legislativo y el Poder Judicial, sobre todo como producto de las denominadas actividades "relacionales" con sus propios funcionarios y con los ciudadanos. Es así, como el órgano competente del Parlamento puede imponer la sanción disciplinaria de destitución a uno de sus trabajadores, o un Juez puede imponer una multa, e inclusive en algunos ordenamientos hasta decretar el arresto de un abogado con ocasión de la realización de sus actividades en el respectivo tribunal.

Lo que sí debe aclararse es que esas autoridades legislativas y judiciales, cuando imponen este tipo de sanciones, no ejercen potestades legislativas ni judiciales, sino administrativas que le han sido conferidas casi siempre por las leyes que las regulan, instrumentos estos que lógicamente no pueden calificarse de administrativos. Esa es la razón que conduce a calificar ese acto sancionatorio, como sustancialmente administrativo, y formalmente legislativo o judicial, y que desde luego, en su emanación deban prevalecer las garantías ciudadanas propias de la relación

jurídico administrativa, incluyendo la impugnación por ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.

En conclusión, la regla relativa a la autoridad competente para imponer sanciones administrativas, alude a los titulares de los órganos administrativos, pero admite excepciones, por cuanto, como ya señalamos, el ordenamiento también puede habilitar a titulares de órganos de los Poderes Legislativos y Judicial, para imponer sanciones de esta clase, siempre en ejercicio de una potestad administrativa; de allí la preferencia por la expresión "autoridades estatales".

3.3.3. **La necesidad de la incoación del debido procedimiento**. Es cierto que la ley confiere a la Administración la potestad para imponer sanciones, pero el avance en materia de derechos fundamentales ha conducido a que las Constituciones consagren el derecho al debido proceso, puntualizando que debe ser aplicado también en las actuaciones administrativas, máxime si las mismas son expresiones del ejercicio de la referida potestad sancionatoria, siendo, sin dudas, el derecho a la defensa, uno de sus atributos esenciales que sirve para articular el procedimiento exigido como condición inexcusable de validez de las sanciones impuestas por los órganos administrativos. Aunque ese procedimiento será objeto de estudio en el próximo capítulo, en este acápite, a los fines de demostrar su importancia en la construcción de la definición propuesta, baste con señalar que la misma queda reflejada en la prohibición de la imposición de sanciones administrativas "de plano", es decir, sin la incoación previa del debido procedimiento, la cual rige en casi todos, por no decir, todos los ordenamientos jurídicos. En fin, la iniciación y tramitación del procedimiento, aparte de su esencia garantista, resulta desde el punto vista formal un elemento, aunque complementario, cuando se compara con los dos que hemos calificado previamente de estructurales (carácter aflictivo y violación del ordenamiento jurídico), indispensable en la elaboración de una definición completa e integral de las sanciones administrativas.

3.3.4. **La necesidad de que se produzca una violación de una norma del ordenamiento jurídico, que constituya una infracción administrativa**. Este es el segundo elemento estructural de la definición bajo examen, debido a que la Administración sólo puede infligir un "mal" a un administrado, cuando comprueba que ha violado una norma del ordenamiento jurídico, pero no cualquier norma de ese ordenamiento, sino aquella cuya violación es calificada legalmente como hecho ilícito administrativo o

infracción administrativa. Ciertamente se trata de un comportamiento *contra ius*, como suele indicar la doctrina, pero insistimos, debe ser un comportamiento calificado, o mejor dicho, tipificado expresamente por una disposición jurídica como ilícito administrativo.

Cabe recordar que perfectamente puede ocurrir que un administrado irrespete una prohibición o incumpla un mandato contemplado en una ley, pero si tales conductas no están tipificadas como infracciones, no resultan susceptibles de ser sancionadas administrativamente, lo que como hemos sostenido en páginas anteriores, no obsta para que la Administración acuda a otros correctivos, que sin revestir carácter sancionatorio, remedian la infracción legal en que ha incurrido el administrado, verbigracia la nulidad del acto ilegal, pues reiteramos que no resulta válida la pretendida relación automática prohibición-sanción.

En este orden de razonamiento, consideramos necesario subrayar que la aludida violación legal necesariamente debe estar expresada en la tipificación de una infracción o un hecho ilícito administrativo, lo que resulta clave para que se configure este elemento de la definición, y a los fines de los principios que deben regir dicha tipificación, remitimos al examen que en ese sentido realizamos en el capítulo anterior. Por otra parte, tener en mente este elemento resulta muy importante para poder diferenciar la función sancionatoria de otros tipos de funciones desarrolladas por la Administración Pública.

En efecto, hemos afirmado que el carácter aflictivo resulta básico en la definición bajo examen, y que el mismo se traduce en la pérdida de derechos, o en la afectación de las situaciones jurídicas favorables de los administrados, pero ocurre, que por ejemplo, esa afectación o pérdida está presente en determinados actos ablatorios, siendo el más emblemático la expropiación, que incide radicalmente sobre el derecho de propiedad, pero en esa hipótesis los ciudadanos no incurren de ninguna manera en la violación de un precepto jurídico que configure una infracción o un ilícito administrativo. Queda claro entonces que al faltar esa violación, aun cuando se produzca el acto desfavorable para los derechos de los administrados, no se podrá pretender calificar la actuación administrativa como sancionatoria, sino como ablatoria, y en general como una expresión de la potestad de autotutela de la Administración, que según la doctrina mayoritaria, difiere sustancialmente de su potestad sancionatoria.

En suma, sin la constatación de la ocurrencia de una conducta *contra ius*, calificada en los términos antes indicados (tipificación), no es posible

construir un concepto o definición de sanción administrativa. Además, pese a que en la definición bajo examen, atendiendo a la esencia de la sanción, hemos calificado los elementos utilizados en su elaboración en esenciales o estructurales y complementarios, es necesario reconocer que todos ellos resultan necesarios en esa elaboración, pues sin las autoridades estatales dotadas legalmente de la potestad y sin que se cumpla el procedimiento correspondiente, pese a la ocurrencia del hecho ilícito administrativo y el carácter aflictivo de la medida que se pretenda imponer, no podrá concluirse en la elaboración propuesta, pues si bien los dos primeros elementos tienen un carácter complementario formal (autoridades competentes y procedimiento), devienen en fundamentales en la aludida definición, en virtud de que aparecen vinculados o integrados en la misma, a los fines de revelar la existencia de los inexcusables mecanismos garantistas exigidos por el constitucionalismo moderno.

3.4. **Clasificación de las sanciones administrativas**.

3.4.1. **El problema de la clasificación de las sanciones administrativas (sanciones aflictivas o represivas y sanciones reparatorias)**. Pese a que no existen clasificaciones perfectas, pues en cualquiera de ellas el proponente siempre omite uno o varios elementos, que la tornan parcial; además, concretamente en el punto bajo examen, la formulación de una proposición de clasificación de las sanciones administrativas encuentra *ab initio* un difícil obstáculo, que surge de la discusión antes enunciada acerca de la extensión, aunque parezca paradójico, en el marco de la señalada tesis acerca del concepto restrictivo de sanción administrativa, pues las categorías de dicha clasificación estarán en función de la posición que se asuma en torno a la referida tesis.

Insistimos en esa línea argumental en que la postura doctrinaria mayoritaria aparece construida sobre la base de la premisa concerniente a que el concepto de sanción administrativa implica causarle un "mal", en los términos antes explicitados, al autor de la violación del precepto legal, calificada como ilícito administrativo, y no a la cosa, lo que revela el carácter represivo de la sanción, razón por la cual, atendiendo a esa premisa, pueden calificarse como sanciones administrativas a la multa, al cierre de establecimientos comerciales, industriales, sanitarios, etc., a la suspensión o pérdida de la licencia de conducir, a la destitución, a la inhabilitación para ejercer funciones públicas, o una determinada profesión, a la expulsión de un establecimiento educativo, a la prohibición de obtener subvenciones públi-

cas, etc. Es necesario precisar que en todas las mencionadas, así como las que puedan inscribirse en la aludida orientación conceptual, se destaca el hecho de que el "mal" es infligido directamente a la persona, cumpliéndose de esa manera el fin represivo de la sanción.

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha notado la tendencia en los Derechos positivos a considerar como sanciones a determinados actos de la Administración Pública, que si bien comportan la pérdida de derechos, o en otros términos, afectan una situación subjetiva ventajosa, como ocurre con algunas de las antes mencionadas, sin embargo, no están destinados básicamente a reprimir la conducta antijurídica del infractor, sino más bien a lograr la reparación del daño causado por éste, verbigracia la orden de reposición, sobre todo en materia urbanística y ambiental, de la situación alterada por el infractor, a su estado originario, o la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados, siendo denominadas por esa razón sanciones reparatorias.

Desde luego, que dichas sanciones no obedecen a los parámetros conceptuales esbozados por la tesis mayoritaria, pues pese a que consisten en afectar una situación de ventaja de los ciudadanos, no inciden directamente sobre ellos, y por ende carecen del efecto represivo; de allí que un sector de la doctrina postule que se trata de un uso inapropiado o errado del término sanción.

Parece obvio que esa discusión debe ser resuelta formalmente por cada Derecho positivo, sin embargo, en nuestro criterio, sin dejar de reconocer el carácter represivo que siempre se le ha atribuido a las sanciones administrativas, así como su efecto beneficioso sobre todo el ordenamiento jurídico, en la actualidad se impone una matización en esa concepción, sobre todo cuando el efecto reparatorio de la sanción incide sobre materias tan sensibles e importantes para la tutela del interés general, como son la ecología, el ambiente, la ordenación del territorio y el urbanismo, en virtud de que en esa hipótesis, pareciera procedente soslayar la variable afectación directa al infractor, para lograr la reposición de la situación alterada por la infracción, a su estado originario, que bien puede conseguirse mediante la demolición de la construcción ilegal, o la reforestación del monte desforestado para la instalación de una industria, o la descontaminación del río contaminado, o sencillamente con la indemnización de los correspondientes daños y perjuicios.

En fin, consideramos que la regulación heterodoxa por parte de los ordenamientos jurídicos de la potestad sancionatoria de la Administración en esos ámbitos materiales, que origina un concepto de sanción administrativa parcialmente distinto al predicado por la ortodoxia doctrinaria, resulta totalmente justificado, pues al fin y al cabo el Derecho es un instrumento básico para regular la convivencia social, y por supuesto que ello supone la aprobación de normas destinadas a proteger los valores fundamentales que la tornan posible y factible. En ese orden de razonamiento la protección del ambiente, la ecología, el territorio y el urbanismo, sobre todo mediante la medida de reposición de la situación alterada a su estado original, e inclusive la eventual indemnización, encarna uno de esos valores trascendentes, e impone que a partir de la normación se establezcan sanciones destinadas a esa protección, aun cuando ello conduzca a la reelaboración o revisión del concepto de sanción, construido sobre la base de las variables estructurales antes examinadas. Más aún, conceptuar como sanciones administrativas medidas tan importantes como las indicadas, debe considerarse como una solución enmarcada dentro del garantismo que caracteriza el derecho desde las últimas décadas del siglo XX, pues cuando un ordenamiento jurídico opta por una solución como la indicada, acepta someterse a las rígidas reglas constitucionales que regulan la aplicación de las sanciones administrativas.

Queda por dilucidar si resulta posible calificar como sanciones administrativas, bajo la tipología denominada "sanciones rescisorias" a las revocaciones de concesiones o autorizaciones, e inclusive a las multas concebidas como especies de "cláusulas penales", que integran los denominados contratos administrativos. Al respecto cabe señalar que autores como GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) y PARADA (1998) en España, así como GALLI (1994) y CASETTA (2000), niegan que dichos actos, aunque lesivos de derechos de los administrados, puedan integrar a la categoría de las sanciones administrativas. Los autores españoles sostienen que se trata de actos ciertamente privativos de derechos, pero que tienen su origen en el marco de una relación contractual administrativa, en el caso de las revocaciones de las concesiones, y de la imposición de las "multas" previstas en el respectivo contrato, y en una relación jurídico administrativa en la hipótesis de las autorizaciones o habilitaciones administrativas.

Pese a que le niegan a esos actos la connotación de sanciones administrativas, tienen muy en cuenta su innegable incidencia sobre los derechos de los administrados, dado que cualquier revocación de una concesión o de una autorización, implica sustantivamente la afectación de una situación subjetiva

ventajosa, razón por la cual afirman categóricamente que en la adopción de ese tipo de actos debe preservarse el principio de legalidad y el debido procedimiento, de tal manera que, por ejemplo, únicamente podrá revocarse una concesión de servicio público, cuando se configure la causal prevista en el contrato, o eventualmente en una disposición normativa, debidamente comprobada mediante la instrucción del correspondiente procedimiento. Ese debe ser el mismo comportamiento de la Administración en el supuesto de que la revocatoria incida sobre una autorización, sólo que en esa hipótesis la causal debe estar prevista en una disposición legal.

En España, García de Enterría sostiene, que en todas estas relaciones bilaterales entre Administración y administrados, "la responsabilidad por los eventuales incumplimientos se sustancia en el seno de la propia relación, por virtud de la misma (responsabilidad contractual, sin perjuicio de su posible alcance general *pro futuro*, art. 20.c) LCAP, **y no del poder sancionatorio general**, sin otra particularidad sobre las instituciones jurídico-privadas que la **disponibilidad de la autotutela por la Administración**".

Por su parte, los citados autores italianos (Casetta y Galli), pese a que admiten que una parte de la doctrina suele denominarlos "procedimientos sancionatorios ejecutivos", descartan que en estricto rigor las revocaciones de autorizaciones y concesiones puedan calificarse como sanciones administrativas, ya que aunque revisten un aspecto aflictivo que consiste en la pérdida del ejercicio del derecho derivado del otorgamiento de la autorización o concesión, no se llega a configurar el hecho ilícito, elemento básico estructural del concepto de sanción, sino el incumplimiento de obligaciones o deberes previstos en los contratos o en las leyes.

En este contexto la revocatoria de la autorización o concesión carece de efectos punitivos, y aparece prevista en la ley o en el contrato, porque tiene como finalidad preservar los intereses públicos lesionados por los incumplimientos del concesionario o autorizado, de tal manera que esa revocatoria, tiene como fundamento en la esfera administrativa la tutela de los mencionados intereses públicos; por lo tanto, no puede subsumirse en la connotación conceptual de sanción administrativa, pues insistimos en que carece de carácter punitivo, pese a que pueda ser denominada revocatoria-sanción o revocatoria sancionatoria, básicamente porque la inobservancia o incumplimiento de los administrados, no constituye un hecho ilícito, o mejor una infracción administrativa.

La tesis doctrinaria antes expuesta contribuye a aclarar las dudas que surgen en torno al concepto de sanción administrativa, en primer lugar, porque permite observar la diferencia que existe entre la revocación de los actos administrativos, como expresión de los procedimientos administrativos de revisión o de segundo grado, que está sujeta a requisitos muy estrictos, y la que impropiamente se ha denominado revocatoria-sanción o revocatoria sancionatoria; en segundo lugar, porque deja abierto un espacio para que los procedimientos concernientes a la revocatoria sancionatoria, aunque sean llevados a cabo en el marco de la potestad de autotutela de la Administración Pública, estén sujetos *mutatis mutandi* a los principios de legalidad y de debido procedimiento, propios de la potestad sancionatoria, a fin de garantizarle a los administrados su derecho al contradictorio en sede administrativa, y desde luego, el ejercicio de los recursos correspondientes en sede contencioso administrativa.

Debido a que los anteriores razonamientos desarrollados por la doctrina para intentar proponer una clasificación de las sanciones administrativas, puede generar confusión en torno al concepto de éstas, sobre todo en los casos de determinados actos de la Administración que aparentemente causan un mal al administrado, verbigracia la negativa de una pensión por falta de cumplimiento de los requisitos por parte del peticionario, es necesario insistir en que los actos administrativos sólo revisten carácter **sancionatorio** cuando están precedidos de un acto ilícito previo, o mejor de una infracción calificada como tal por la Ley; de allí, pues, que de ninguna manera, como por lo demás fue declarado por el Tribunal Constitucional español en una sentencia del 4 de julio de 1988, la indicada negativa del otorgamiento de la pensión por incumplimiento de los requisitos legales, puede ser calificada como sanción administrativa, ya que la denegación, que sin dudas es un acto desfavorable para el solicitante, obviamente no está precedida de una infracción cometida por éste, desde luego, que se encuentre en una relación de causalidad con el acto denegatorio.

3.4.2. **Una proposición de clasificación de las sanciones administrativas (pecuniarias, interdictivas y disciplinarias)**. Conforme a los argumentos desarrollados en el acápite anterior, estimamos que las sanciones administrativas pueden ser clasificadas en sanciones pecuniarias, sanciones interdictivas o prohibitivas y sanciones disciplinarias, todas las cuales en realidad responderían a la categoría única de sanciones aflictivas, en virtud de que las tres clases antes mencionadas implican la imposición de un "mal", que consiste en la afectación directa de las situaciones de ventajas o derechos subjetivos de los ciudadanos, lo que pone en evidencia su carácter represivo.

Desde luego que incluimos dentro de las interdictivas a las órdenes de reposición de la situación alterada por el infractor a su estado originario, así como la indemnización de los daños y perjuicios originados en la violación del precepto que origina la infracción, cuando fuere procedente, sobre todo en los ámbitos materiales relativos a la ecología, al ambiente, a la ordenación del territorio, al urbanismo, así como a cualquier otro ámbito similar, verbigracia, la seguridad del Estado, razón por la cual podrían considerarse como una modalidad de las interdictivas, denominada reparatoria. Cabe añadir que la clasificación de las sanciones administrativas, siguiendo una tendencia presente en el Derecho Penal, admite que ellas puedan ser conceptuadas como principales o accesorias. En cambio, por las razones antes expuestas excluimos de la clasificación a los procedimientos ejecutivos sancionatorios, en términos de la doctrina italiana, o a las revocatorias sancionatorias, en términos de la doctrina española.

Cabe advertir que algunos autores suelen clasificar las sanciones administrativas acudiendo al criterio del ámbito material de las mismas, resultando categorías como sanciones tributarias, urbanísticas, ambientales, viales, etc., pero coincidimos con CASETTA (2000), en que en ese caso el supuesto que resulta realmente caracterizado no es la sanción, sino más bien el hecho ilícito o el desvalor que él expresa, razón por la cual todo intento o proposición que aparezca articulado en esa variable, debe soslayarse, porque no contendrá una verdadera clasificación de las sanciones administrativas, sino de los hechos ilícitos que dan lugar a los actos sancionatorios. De seguidas comenzaremos a examinar cada una de las categorías de la clasificación propuesta.

3.4.2.1. **Sanciones pecuniarias**. Son aquellas cuya imposición implica el pago de una suma de dinero por parte del sancionado, siendo su expresión prototípica la **multa,** la cual se traduce en una afectación del patrimonio del infractor, manifestándose así su efecto represivo. Conviene señalar que ese era el significado que tenía en el Derecho romano, en virtud de que la palabra *mulcta* era utilizada como concepto de castigo. Por supuesto, que la multa continúa siendo la sanción administrativa más importante, por la frecuencia en su utilización, pese a que se observa una tendencia al incremento de las sanciones interdictivas. La multa puede revestir carácter de sanción administrativa principal, motivo por el cual no resulta extraño que las leyes asocien a la misma otras sanciones administrativas accesorias, pero igualmente puede revestir carácter de sanción administrativa accesoria.

3.4.2.1.1. **Los principios de razonabilidad y no confiscación que presiden el establecimiento de la multa**. Si bien es cierto que corresponde al legislador fijar el monto de la multa, tal actuación está sujeta expresa o implícitamente a ciertos límites, vinculados a la razonabilidad de dicho monto, la cual se concreta, por una parte, en la relación monto de la multa-gravedad de la infracción administrativa, a través del ya examinado principio de proporcionalidad, de tal manera que si se acude a clasificar en un texto legislativo, por ejemplo, las infracciones en graves, menos graves y leves, es obvio que el monto de la multa debe fijarse, teniendo como base proporcional a ese criterio de gravedad. Por otra parte, la razonabilidad es además una exigencia también vinculada al monto, pero vista desde otra perspectiva, que consiste en erigir al principio de no confiscación en un límite infranqueable tanto para el legislador como para la Administración, de tal manera que en la fijación de la cuantía máxima, el legislador debe cuidarse de que el pago de la multa no signifique formal o sustancialmente una confiscación de los bienes del infractor.

Conviene aclarar que al establecer la cuantía de la multa, puede infringirse la exigencia de la razonabilidad, bien porque la aludida cuantía ignore el principio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la multa, o bien porque, aun cuando hipotéticamente se respete dicho principio, al fijarse el monto se atente contra el principio de la no confiscación, o sea, que de manera explícita o implícita el pago de la multa implique una confiscación patrimonial, total o parcial. El examen de las dos variables que tienden a conformar la exigencia de la razonabilidad, permite pensar que bien puede fijarse una multa que respete el aludido principio de proporcionalidad, y al mismo tiempo sea confiscatoria, pero siempre se tratará de hipótesis excepcionales, visto que la regla pareciera ser que toda multa confiscatoria resulta al mismo tiempo violatoria del principio de proporcionalidad.

Pero al mismo tiempo, tanto el legislador al establecer la multa, como la Administración al aplicarla, deben excluir su carácter **rentable**, es decir, que el monto de la misma de ninguna manera puede ser inferior al posible beneficio obtenido por el administrado, como consecuencia de la infracción legal en que haya incurrido. En otros términos, la multa que se establezca o se imponga, no debe resultar más beneficiosa que el cumplimiento de la norma violada. De modo, pues, que tanto el legislador como la Administración están obligados a respetar el debido equilibro entre las prohibiciones de no confiscación patrimonial y de no rentabilidad de la multa, para el sancionado.

Pensamos que los anteriores razonamientos, de corte doctrinario, concernientes a los principios implicados en la exigencia de la razonabilidad de la multa, pueden servir de orientación, básicamente para los legisladores, pero nada garantiza que en el proceso legislativo ellos respeten dichos principios, salvo que los Tribunales se pronuncien ante casos concretos de aplicación de las sanciones irrazonables, o que se pronuncien sobre la eventual inconstitucionalidad de las disposiciones que las prevean, hipótesis en las cuales seguramente las decisiones judiciales incidirán pro futuro sobre la actuación del Parlamento.

Por tanto, a los fines de respetar la mencionada exigencia de razonabilidad, al sancionar disposiciones normativas, resulta aconsejable estudiar las tendencias que se manifiestan en los Derechos positivos en el establecimiento de la sanción pecuniaria bajo examen, ya que en tal sentido es fácil constatar que los ordenamientos han evolucionado desde la fijación de un monto máximo en términos absolutos, o de montos mínimos y máximos, para que en su aplicación normal se llegue al monto medio, a la fijación de cuantías determinadas por otros factores, como por ejemplo, salarios mínimos y unidades tributarias.

Pero igualmente son utilizados otros criterios, tales como el importe de los beneficios obtenidos con la infracción, llegando inclusive a tomarlo como base de la cuantía, y a multiplicarlo por determinado coeficiente. La opción del legislador por alguno de esos criterios, o por varios combinados, posibilitará el logro del deseado equilibrio que debe configurarse entre los principios de no rentabilidad y no confiscación, al momento de sancionar los correspondientes esquemas normativos.

3.4.2.1.2. **El difícil equilibrio en la fijación de la cuantía de la multa en función de los principios de no rentabilidad y no confiscación**. Ya hemos afirmado que nunca la multa puede resultar rentable, ni tampoco confiscatoria, pues de considerarse rentable perdería su natural efecto represivo, así como el indirecto preventivo, y de ser confiscatoria, además de desnaturalizar su finalidad, lesionaría el derecho fundamental de propiedad, cuya garantía básica de orden constitucional consiste precisamente en la interdicción de la confiscación. Planteado así el asunto, lograr el equilibrio necesario entre esos dos principios en la fijación de la cuantía puede constituir un verdadero problema, sobre todo en aquellos casos en que el infractor ha obtenido beneficios, o ha causado daños y perjuicios, al infringir la disposición legal, ya que pareciera que la única manera de evitar la rentabilidad de la

sanción, debería ser fijar la cuantía estimando los montos de los beneficios o de los daños, añadiéndole una cantidad que en algunas legislaciones, buscando el aspecto punitivo, se establece con la ayuda de un determinado factor o coeficiente numérico, que puede ser el doble, el triple o el décuplo de la cantidad estimada como beneficio o daño.

Por supuesto, que la utilización de la señalada metodología en la determinación de la cuantía de la multa puede conducir con bastante probabilidad a que la multa luzca como confiscatoria, o que por lo menos roce a la figura de la confiscación, en razón de que parece obvio, sobre todo en el ámbito de la actividad económica de los particulares, a partir de la nueva concepción del servicio público, que los beneficios obtenidos, por ejemplo, por una empresa de telecomunicaciones, o prestadora del servicio eléctrico, puedan ser cuantiosos, de tal manera que si la multa abarca el beneficio multiplicado por cuatro o cinco, resulta lógico pensar que sin llegar, en términos ortodoxos, a implicar la transferencia de la propiedad de todos los activos de esa empresa a la Administración para cumplir con el pago de la multa, es posible que esa cantidad de dinero represente un pasivo tan elevado que su cancelación pueda dar lugar a la cesación en las actividades de la empresa, lo que en el contexto de este razonamiento, equivale, en nuestro criterio, a una especie de confiscación, sino formal, sí sustancial.

Pues bien, esa situación puede ocurrir cuando el legislador se ve constreñido, debido a la inexistencia de sanciones administrativas accesorias que impliquen, si fuere procedente, el comiso de los bienes utilizados para cometer la infracción, verbigracia los sofisticados y costosos instrumentos utilizados por una estación de televisión, con la finalidad de copar un espectro para el cual no haya sido autorizada, o también como sanción accesoria, la indemnización de los daños y perjuicios causados con la conducta infractora, o el pago de una cantidad a la Administración igual a la obtenida como beneficio por haber violado la disposición normativa, multiplicada por el aludido coeficiente.

En ese orden de ideas, conviene subrayar, que la inexistencia de una normativa que contenga sanciones accesorias a las multas, la cual debe formar parte del ordenamiento sólo cuando resulte estrictamente necesaria, conduce a que el legislador incluya en el monto de la multa, con la finalidad de evitar la rentabilidad de la multa, además del elemento represivo, otros elementos de carácter reparatorio o resarcitorio, incluyendo dentro de ese concepto el valor correspondiente a los instrumentos utilizados por el

infractor, cuando no aparezca tipificado el decomiso de los mismos como una sanción accesoria, lo que resulta preceptivo en materia penal.

Luce acertado entonces postular que la única forma de lograr el equilibrio entre los señalados principios de no rentabilidad y no confiscación que deben presidir la fijación de la cuantía de las multas, es que los legisladores manejen correctamente la técnica legislativa, manteniendo todo el tiempo el carácter aflictivo de la multa, y recurriendo cuando sea estrictamente necesario a las sanciones administrativas accesorias, evitando de esa manera acumular en la referida sanción pecuniaria los efectos resarcitorios y reparatorios propios de la responsabilidad civil, pudiendo incluir dentro de las accesorias el comiso de los instrumentos y materiales utilizados para cometer la infracción.

Cuando se produce esa separación, erigiendo a la multa en la sanción principal y a las otras en sanciones accesorias, aquélla muy probablemente será razonable, en tanto en cuanto se ajustará a los indicados principios de proporcionalidad y no confiscación, y no rentabilidad, debido a que estará informada exclusivamente por la idea de castigar al infractor (efecto represivo). Ha de advertirse que nada obsta, aunque no sea muy aconsejable, en estricto rigor jurídico, que en un ordenamiento jurídico a la multa, concebida en los términos antes señalados, sean acumuladas sanciones como las resarcitorias enunciadas, o el decomiso, no ya como accesorias, sino todas como principales. Sin embargo, la utilización de esa técnica puede conducir a que se viole el principio de proporcionalidad, que no es privativo únicamente de las sanciones pecuniarias, sino consustancial a todo tipo de sanción administrativa.

En suma, el aludido equilibrio siempre será posible, pero se requiere que los legisladores sean conscientes de la necesidad de lograrlo, sin llegar a lesionar ninguno de los dos principios señalados, para lo cual requieren manejar prudente y correctamente la indicada técnica legislativa, que apunta, dependiendo de la naturaleza de la infracción, a crear un sistema sancionatorio montado en las categorías de sanciones administrativas principales y accesorias. Cuando utilizamos los términos prudente y correctamente, pretendemos hacer hincapié en que no todo establecimiento de una sanción pecuniaria (multa), implica automáticamente la tipificación de sanciones accesorias, pues la regla debería ser que la mayoría de las infracciones administrativas sean sancionadas únicamente con multa, ya que como lo examinaremos más adelante, el cúmulo de sanciones principales y accesorias, o sólo principales, debe encontrar sustentación en los ordenamientos jurídicos, cuando así se despren-

da de la particular naturaleza de la infracción, pues de lo contrario se corre el riesgo de infringir el principio de proporcionalidad.

3.4.2.1.3. **La diferencia entre la sanción pecuniaria de multa, y la "multa coercitiva"**. Es necesario aclarar que en los ordenamientos jurídicos occidentales en el marco de la autotutela administrativa, se suele conferir a las Administraciones la potestad de imponer **multas**, concebidas como medios para lograr la ejecución de los actos administrativos, cuando los administrados los incumplen, o mejor se niegan a ejecutarlos, las cuales han sido denominadas por la doctrina española como **multas coercitivas**, que al igual que las sanciones pecuniarias antes estudiadas, consisten en el pago de una suma de dinero por el administrado, motivo por el cual la identificación en el nombre, así como su aparente identificación sustantiva, pueden originar confusión en el régimen jurídico aplicable.

Sin embargo, debemos dejar sentado que la multa coercitiva guarda significativas diferencias con la multa-sanción pecuniaria, en razón de que la primera carece de efectos aflictivos, pues como hemos afirmado, funciona como un mecanismo de coerción sobre la persona del administrado que se niega a cumplir una prestación personalísima exigida en el correspondiente acto administrativo; de allí que carezca del típico efecto aflictivo, y por ende represivo, pues su finalidad no es otra que lograr la ejecución del acto dictado por la Administración, y la segunda encuentra su presupuesto de procedencia en un hecho ilícito cometido por el administrado, y por supuesto está revestida del mencionado carácter aflictivo, siendo su finalidad la represión del aludido hecho ilícito.

Por otra parte, dada la indicada finalidad de la "multa coercitiva", suele estar regulada en los ordenamientos de tal manera que su imposición pueda realizarse en forma sucesiva y creciente, pues de esa manera mediante la coerción directa sobre el patrimonio del administrado se pretende vencer la resistencia de éste, y obligarlo a cumplir la exigencia del acto. En ese orden de ideas, es necesario subrayar que la doctrina sostiene que no resulta procedente la invocación del *non bis in ídem*, derivado de la imposición de multas sucesivas, sencillamente porque las mismas, como ya afirmamos, carecen de carácter sancionatorio, e inclusive se admite que ese medio puede ser utilizado en el caso de incumplimiento de sanciones administrativas, sin que sea válido esgrimir la mencionada garantía. Como es obvio la multa-sanción pecuniaria, en razón de su finalidad, tiene un carácter consuntivo, pues una vez pagada por el infractor se agota el acto sancionatorio.

La Administración únicamente puede hacer uso de la multa coercitiva en la fase de ejecución del acto administrativo, de tal manera que resulta improcedente utilizarla en cualquiera otra de las fases del procedimiento administrativo, y mucho menos en el procedimiento sancionatorio, porque ello podría conducir a la violación del deber de imparcialidad que debe caracterizar a quienes lo tramitan y deciden. En esa línea argumental PARADA (1998), sostiene: "No es lícita, pues su utilización en actuaciones inspectoras para doblegar la voluntad del inspeccionado y obligarle a declarar en su contra o a facilitar documentos o pruebas, como ocurre en materia fiscal".

En fin, la diferencia clave entre ambos tipos de multa radica en la finalidad perseguida con cada de una de ellas, pues en el caso de la multa-sanción administrativa, la Administración desarrolla una potestad punitiva teniendo esa multa, por consiguiente, un efecto represivo, dado que implica el castigo de un hecho ilícito; en cambio, cuando un órgano impone una multa coercitiva, desarrolla la potestad ejecutiva, en virtud de que con la misma se pretende vencer la resistencia de un particular a cumplir un acto administrativo, o sea, que el efecto de esta clase de multa se inscribe dentro de la potestad de autotutela ejecutiva, que es consustancial a las Administraciones Públicas en casi todos los ordenamientos; de allí, pues que pese a su nombre y a su aparente identificación sustantiva (pago de una suma de dinero), se configuren significativas diferencias entre una y otra, y por ende, entre los regímenes jurídicos que condicionan su imposición.

3.4.2.2. **Las sanciones interdictivas o prohibitivas**. En principio debemos recordar que genéricamente todas las sanciones administrativas son **aflictivas,** porque su imposición implica infligirle un mal al infractor, pero ese "mal" puede incidir directamente sobre su persona, como por ejemplo, cuando se le obliga a pagar una multa, lo que da lugar a la categoría de las sanciones pecuniarias, ya estudiadas, pero el "mal", puede incidir también sobre la actividad desplegada por la persona. Esa actividad puede inscribirse en el curso de lo que podría denominarse normalidad de la vida moderna, tal como la conducción de automóviles a los fines de transporte o desplazamiento, pero igualmente puede constituir una expresión de la libertad económica, tal como la realizada por un comerciante o el propietario de una estación de radio. En el primer caso resulta indudable que la suspensión temporal o la revocación definitiva de la licencia de conducir es un "mal" que recae sobre la actividad del sancionado; igualmente ocurre en el segundo caso, con el cierre temporal o definitivo de un establecimiento comercial.

La doctrina italiana ha denominado a esa clase de actos sancionatorios interdictivos o prohibitivos; de allí entonces la categoría de las sanciones interdictivas, las cuales se distinguen de las pecuniarias, porque a diferencia de éstas surten su efecto aflictivo sobre la actividad del infractor de la norma jurídica, pero en definitiva, como es lógico imaginarse, de manera indirecta ese efecto recae sobre el infractor, porque cuando se retira la licencia de conducir la situación jurídica afectada es la de éste. También recae de manera indirecta el efecto aflictivo sobre el propietario, cuando la Administración decide cerrarle temporal o definitivamente su establecimiento mercantil.

Conviene dejar sentado que en sintonía con la amplísima potestad sancionatoria que detenta la Administración Pública actualmente, las sanciones interdictivas han crecido tanto desde el punto cuantitativo, como cualitativo, e inclusive se observa que en algunos países suelen acumularse como sanciones principales, a las sanciones pecuniarias, y en algunos casos llegan hasta ser acumuladas entre ellas (más de una sanción interdictiva, por los mismos hechos). Entre las principales modalidades que admite esta categoría de sanciones pueden mencionarse la suspensión o revocación de la licencia de conducir, la suspensión o revocación de licencias de porte de armas, el cierre de establecimientos comerciales, o suspensión temporal del servicio, el comiso de instrumentos y materiales de trabajo, la inhabilitación para ejercer determinadas funciones públicas o profesiones, la cancelación de la inscripción en registros, la cual resulta necesaria para la realización de determinadas actividades; la inhabilitación temporal para obtener autorizaciones para realizar determinadas actividades, la demolición de las obras construidas en infracción de las normas de ordenación del territorio y urbanísticas, la restitución de las condiciones ambientales o urbanísticas preexistentes, la reparación efectiva del daño causado, y la "paralización de las obras, cuando en su construcción se haya violado un precepto legal".

Hemos intentado hacer una enumeración de las principales sanciones administrativas que entran en la categoría de las interdictivas, sin que ello implique que tenga carácter taxativo, porque la tendencia que priva en la mayoría de los ordenamientos es que cada legislación sectorial establezca las sanciones que más se ajusten a las infracciones que puedan cometerse en cada sector; de allí la posibilidad de que puedan establecerse modalidades de sanciones interdictivas distintas a las mencionadas en la anterior enumeración.

3.4.2.2.1. **La inclusión de las denominadas "reparatorias" en la categoría de las sanciones interdictivas**. Por las razones expuestas prece-

dentemente, hemos decidido incluir en la aludida enumeración, a las denominadas reparatorias o indemnizatorias, las cuales no responden al postulado general que sirve de base a la construcción doctrinaria de la categoría de sanciones interdictivas. Ello explica entonces que en el listado figuren: la reparación efectiva del daño causado, la restitución de las condiciones ambientales o urbanísticas preexistentes a la infracción, demolición de las obras construidas ilegalmente, la indemnización de los daños y el comiso de los instrumentos con que se cometió la infracción. Por el contrario, pese a que en Venezuela la revocatoria de la denominada inhabilitación administrativa o de las concesiones, es conceptuada como una sanción administrativa (rescisoria) en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, nos hemos abstenido de incluirlas; no obstante la materia será examinada más adelante.

3.4.2.2.2. **La técnica legislativa utilizada en el establecimiento de las sanciones administrativas interdictivas**. La relación dialéctica que se configura entre la exagerada potestad sancionatoria de la Administración, y los principios garantistas que condicionan su ejercicio, conducen a exigir que los legisladores al establecer sanciones administrativas, tomen como base para ello el postulado teórico que da lugar a cada una de las indicadas categorías, de tal manera que si se quiere infligir un mal en forma directa a la persona del infractor deberían recurrir a las sanciones pecuniarias; si la finalidad es que el "mal" incida sobre las actividades realizadas por el infractor, e indirectamente sobre éste, deberían seleccionar a las interdictivas, incluyendo dentro de éstas a las reparatorias o indemnizatorias, y finalmente, si se quiere que ese mal recaiga sobre un administrado, vinculado a la Administración Pública mediante una relación de sujeción especial, deberían escoger a las sanciones disciplinarias.

Por otro lado, sobre la base de la anterior premisa, y atendiendo al principio de proporcionalidad, equidad e igualdad que debe informar a las sanciones administrativas, pareciera que al momento de los legisladores escoger las sanciones debería regir la regla relativa al establecimiento de una sanción única por cada infracción, pudiendo excepcionalmente configurarse un cúmulo de sanciones administrativas. Sin embargo, observamos en ciertas legislaciones la tendencia casi automática a acumular a las sanciones interdictivas, una sanción pecuniaria. Así por ejemplo, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística en su artículo 109 contempla la sanción de demolición de la obra construida ilegalmente, y el pago de una multa equivalente al doble del valor de la obra demolida. También suelen acumularse dos sanciones interdictivas, como son, la paralización de la

obra y su demolición posterior, aunque en realidad en esta hipótesis, a pesar de que la paralización es denominada sanción, debe reputarse como una medida cautelar.

Tal vez la más grave expresión de irrespeto a la mencionada regla sea que en algunas leyes se observa la tendencia a establecer una sanción pecuniaria y una sanción interdictiva por los mismos hechos ilícitos, siendo esta última siempre más grave que la pecuniaria, y a facultar a la autoridad administrativa para que discrecionalmente escoja entre una y otra. Pensamos que con esa forma de legislar, además de romper parcialmente con la regla relativa a una infracción una sanción al pretender conferírsele a la Administración una potestad discrecional, más bien pareciera que se le atribuye un poder arbitrario, pues el legislador tiene la obligación de ponderar de una vez frente a la infracción que tipifica, si resulta procedente una sanción pecuniaria o una sanción interdictiva, máxime si ésta entra en la subcategoría de las reparatorias, que casi siempre están relacionadas con ámbitos materiales muy sensibles (ambiente, urbanismo, ecología, etc.).

Por tanto, otorgar una facultad de escogencia a la Administración, ignorando la gran diferencia que existe entre una sanción pecuniaria y una interdictiva, frente a claros tipos de ilícitos administrativos, puede conducir a tratamientos desiguales e injustos, por parte de la Administración, lo que conduce a que a la postre termine ejerciendo un poder arbitrario, en lugar de la señalada potestad discrecional.

En esa línea argumental, valdría el siguiente ejemplo: ante una construcción ilegal, la autoridad urbanística aparece facultada para optar al imponer la sanción, entre una multa o la demolición de la construcción, razón por la cual a la luz del correspondiente dispositivo normativo con cualquiera de las dos sanciones se cumpliría la finalidad represiva perseguida con el ejercicio de la potestad sancionatoria, pero con una notable diferencia, puesto que la multa por muy elevada que sea su cuantía, por lo demás siempre limitada por el principio de la no confiscación y por el de la proporcionalidad, tendrá una innegable menor entidad aflictiva que la remoción de la construcción ilegal. El tratamiento injusto y arbitrario sería más evidente si la autoridad administrativa en un caso impone una multa, y en otro, decide ordenar la demolición de la construcción.

Queda demostrado que esa técnica legislativa debe ser suprimida, debiendo el legislador optar, según la naturaleza y la gravedad de la

infracción tipificada, entre una sanción pecuniaria y una sanción interdictiva. Distinta sería la situación, si excepcionalmente, el legislador decidiera acumular a la sanción pecuniaria, la interdictiva, ya que en ese supuesto, a diferencia del anterior, la Administración estará obligada a imponer ambas sanciones, y no a escoger a su libre arbitrio entre una y otra, entre las cuales no es posible predicar en términos generales ninguna relación de proporcionalidad.

3.4.2.3. **Las sanciones disciplinarias**.

3.4.2.3.1. **Excursus introductorio**. Al igual que en las sanciones pecuniarias, el efecto aflictivo de las sanciones disciplinarias recae sobre la persona infractora, y desde esa perspectiva resulta razonable que ambas deberían integrar una sola categoría de sanciones administrativas, sin embargo, cuando la doctrina le otorga la denominación de disciplinarias, parte de la premisa de que ellas aparecen incardinadas básicamente en las denominadas relaciones de supremacía especial examinadas en el capítulo anterior, y además tiene en cuenta que desde el punto de vista histórico pueden considerarse como las primeras expresiones sancionatorias de la Administración, inclusive algunos autores, visto que también tienen el carácter de disciplinarias, las que imponen los colegios profesionales, ubican su origen en el orden que regía en las corporaciones de oficios medievales.

Lo que sí parece cierto es que después del advenimiento del Estado de derecho, aunque la Administración estaba caracterizada por su simplicidad estructural, debido al reducido número de cometidos que debía atender, de todas maneras la necesidad de garantizar su funcionamiento, dio lugar a que de manera casi natural las autoridades administrativas comenzaran a hacer uso de una potestad interna, calificada por cierto sector de la doctrina como "doméstica", que conducía a la imposición de medidas aflictivas a las personas que contrariaban la disciplina atinente al referido funcionamiento; de allí el nombre de disciplinarias.

La evolución del marco teórico de este tipo de sanciones ha guardado una estrecha correlación con la evolución de las Administraciones Públicas, desde la relativa al Estado de derecho, hasta la que corresponde actualmente al Estado social, democrático y de derecho, así como también con el desarrollo constitucional de los distintos países. Claro está, que planteado el asunto en esos términos, entonces será necesario buscar el origen de este tipo de sanciones en la organización militar, en virtud de que en ese tipo de organiza-

ción la variable "disciplina" constituye con la jerarquía la base de su existencia, lo que permite pensar que las primeras sanciones disciplinarias fueron aplicadas en el seno de los ejércitos; no obstante, optamos por aludir a las impuestas por la Administración civil, porque a partir de ella es que comienzan los estudios doctrinarios sistemáticos en Europa, cuyas tesis con las debidas matizaciones, van a ser aplicadas en los ámbitos castrenses.

Quizás ese orden de precedencia histórico explique que los primeros estudios doctrinarios sobre las sanciones administrativas realizados en Europa en los primeros años del siglo XX, hayan tomado como modelo a las sanciones disciplinarias, lo que desde luego ha sido superado, pues la evolución de esos estudios demostró que en realidad éstas son una categoría o especie de aquéllas. En esa misma línea argumental conviene recordar que en la búsqueda de un fundamento teórico de las sanciones disciplinarias, los juristas del Imperio Alemán de finales del siglo XIX, al examinar la vinculación de los ciudadanos con el Estado, distinguieron entre las relaciones de supremacía general y las relaciones de supremacía especial, postulando que las sanciones disciplinarias nacían incardinadas a este último tipo de relaciones, razón por la cual la Administración estaba facultada para ejercer la potestad disciplinaria en forma más intensa, y desconectada de los principios garantistas propios de las actuaciones que se originaban en el marco de las relaciones de supremacía general.

Pues bien, esta tesis alemana relativa a la incardinación de las sanciones disciplinarias en las relaciones de supremacía especial, originalmente predicable de los funcionarios que le prestaban servicios a la Administración Pública, y de los agentes que integraban los cuerpos militares, que se ha extendido a otras categorías de sujetos, como quedó evidenciado en el capítulo precedente, ha tenido repercusiones negativas en el ámbito de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, particularmente, en el relativo al derecho subjetivo a ser sancionado administrativamente, previo cumplimiento inexcusable de las garantías sustantivas y formales implicadas en el principio de legalidad sancionatorio.

Efectivamente, observamos que aun después de consagrado el mencionado principio en los textos constitucionales, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se han formulado e impuesto tesis que abogaban y abogan por matizar, e inclusive suprimir las citadas garantías, cuando a la Administración le correspondía o le corresponda imponerle una sanción disciplinaria a un funcionario, y en tal sentido se sostenía, y todavía se

sostiene por parte de un sector minoritario de la doctrina, que no se requería que la norma que tipificaba o tipifica el ilícito disciplinario fuese o sea de rango legal, ni tampoco la norma que establecía o establece la sanción, sacrificando de esa manera la garantía de la reserva legal.

Ha de advertirse que el peso de la doctrina alemana ha surtido sus efectos en ese sentido, e inclusive continúa surtiéndolo, pues si bien es verdad que actualmente la jurisprudencia muestra una tendencia a evolucionar hacia la exigencia del cumplimiento de las mismas garantías constitucionales, tanto en el caso de que las sanciones administrativas aparezcan incardinadas en las relaciones de supremacía general (pecuniarias e interdictivas), como en la hipótesis de que aparezcan incardinadas en las relaciones de supremacía especial (sanciones disciplinarias); no obstante, al mismo tiempo se observa, por ejemplo, que muchos ordenamientos, atendiendo a la naturaleza de esas relaciones, soslayan la prohibición del *non bis in ídem*, razón por la cual resulta acumulable una sanción disciplinaria a una sanción penal, por los mismos hechos.

3.4.2.3.2. **Definición y ámbito subjetivo de las sanciones disciplinarias**. Este tipo de sanciones, como hemos afirmado, es una especie de las administrativas, y consisten en el "mal" que inflige generalmente la Administración Pública, a una persona natural infractora de una norma disciplinaria, también denominada deontológica en algunos casos, cuando dicha persona aparece incardinada a la Administración mediante una relación de supremacía especial. No es el caso examinar todos los elementos de la anterior definición, porque en realidad ella no es más que una concreción de la definición de sanción administrativa ya analizada. Sin embargo, cabe precisar que las sanciones que integran la categoría bajo examen, aparecen identificadas por un ámbito subjetivo configurado siempre por un ente público, y una persona natural vinculada al mismo, bien en forma voluntaria u obligatoria.

Como indicamos antes, originalmente se consideraba que la integración de la persona al Estado, bien a su Administración civil o a su Administración militar, permitía predicar la existencia de una relación de supremacía especial, pero en tiempos recientes la doctrina determinó que esa misma relación era la que subyacía a la prestación de determinados servicios públicos en establecimientos del Estado, tales como el educativo, el sanitario y el penitenciario, en los cuales la persona natural se integra al servicio de manera voluntaria, en el supuesto de los estudiantes en un establecimiento educacional, de manera también voluntaria la mayoría de los enfermos

recluidos en un establecimiento hospitalario, y de manera obligatoria los internos en un establecimiento penitenciario.

Algunos ordenamientos se han aprovechado de la extensión justificada del ámbito subjetivo de las sanciones disciplinarias, basada en las relaciones derivadas de los mencionados servicios públicos, para ampliarla aún más, inclusive en forma exagerada, con la finalidad de beneficiarse, en detrimento de las garantías ciudadanas, de la indicada tesis de la matización propuesta jurisdiccionalmente, la cual, conviene destacarlo actualmente se encuentra sometida a un proceso de revisión, salvo en lo concerniente en ciertos países acerca de la aceptación del *bis in ídem*, o en otras palabras, en el rechazo a la prohibición del *non bis in ídem.*

De ese modo, se han incluido como sujetos pasivos de las sanciones disciplinarias los agentes de bolsa, de aduana, detectives privados, etc., siendo sustentada tal ampliación –insistimos– más que en la integración del sujeto a la Administración, en la que media una relación prácticamente permanente, voluntaria o coactiva, (funcionarios, militares, estudiantes, presos, enfermos), en la variable organización del servicio público, la cual de suyo implica exclusión de ese tipo de relación, como es el caso, por ejemplo, de los agentes de bolsa o los detectives privados, que si bien en el ejercicio de su actividad están sujetos al control de la Administración, ello no implica la configuración de una relación de supremacía especial, sino de supremacía general.

En efecto de admitirse esa tesis se corre el riesgo de calificar como tales a todas las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados que realizan cualquier tipo de actividad sujeta al control estatal, y en consecuencia, serían susceptibles de ser sancionadas personas jurídicas, verbigracia, las entidades bancarias o de crédito, sin llegar a calificar la sanción como disciplinaria, pero beneficiándose la Administración sancionadora de la disminución y hasta de la supresión de las garantías implicadas en el principio de legalidad sancionatorio, originadas en la tesis de la "matización" de dicho principio, cuando entre el ente sancionador y el sancionado media una relación de supremacía especial.

También se ha extendido el ámbito subjetivo de las sanciones disciplinarias a los miembros de los colegios profesionales, quienes deben integrar esos colegios obligatoriamente para poder ejercer válidamente la profesión, configurándose entre el colegio profesional, ente público, y el

asociado una verdadera relación de supremacía especial, que legitima al primero para imponer sanciones disciplinarias, cuando alguno de sus integrantes incurra en una violación de las normas de deontología y ética profesional. De modo, pues, que al producirse la denominada por la doctrina "descentralización corporativa o por colaboración", que implica una transferencia de potestades propias del Estado a los Colegios Profesionales, dentro de las cuales destaca básicamente la relativa al control del ejercicio profesional, debe concluirse en que en esa modalidad atípica de descentralización está comprendida la potestad disciplinaria; de allí entonces la sustentación jurídica de la misma, cuyo ejercicio permite inclusive imponer la sanción de suspensión temporal de ejercicio de la profesión.

En fin, queda claro que en la organización y funcionamiento de los servicios públicos, en los cuales realmente subyace una relación de supremacía especial, resulta necesaria la atribución de una verdadera potestad legal a la Administración, no un poder genérico o implícito originado en la organización, que le permita imponer sanciones a las personas vinculadas con ellas, con la finalidad de mantener su disciplina interna. Planteada como una potestad legal, y no como un poder doméstico interno, se ponen serios obstáculos a la citada tesis de la "matización", que a la postre se traduce en una restricción y hasta supresión de las garantías propias del principio de legalidad sancionatorio, de tal manera que ésta se aplicará en casi idénticos términos que cuando se trate de una relación de supremacía general, y en ese contexto luce acertado postular que las sanciones disciplinarias, a los fines de preservar la garantía de reserva legal, deberán estar contempladas en normas de rango legal.

3.4.2.3.3. **Características de las sanciones disciplinarias**. Por supuesto, que al ser las disciplinarias una especie de las administrativas, detentan las mismas notas generales que identifican al género, no obstante es posible señalar algunas de sus particularidades, todas derivadas de las relaciones de supremacía especial que le sirven de base de sustentación, a saber: a) el sujeto pasivo de la sanción disciplinaria (sancionado) siempre será una persona natural, pues la referida relación reviste un carácter personal, en razón de que se instaura entre cada uno de los funcionarios públicos, estudiantes, enfermos, etc., y el correspondiente ente prestatario del servicio. Por consiguiente, como no es posible predicar ese tipo de relación entre el Estado y una persona jurídica, verbigracia una entidad de crédito, será improcedente intentar imponerle una sanción disciplinaria, lo que no obsta, para que en cambio sea objeto de una sanción administrativa pecuniaria, e

inclusive rescisoria, si esta categoría es admitida en el correspondiente ordenamiento jurídico.

b) Las sanciones disciplinarias no se traducen en valores económicos, en virtud de su naturaleza y finalidad; sin embargo, es necesario reconocer que esa característica es dejada de lado en algunos ordenamientos, en los cuales se establece como sanción disciplinaria la reducción del estipendio, la suspensión en el ejercicio de sus funciones sin goce de sueldo y hasta la multa al empleado público. En todo caso, pensamos que debería prevalecer en los legisladores la tesis que aboga por evitar que se traduzcan en valores económicos.

c) Sólo pueden ser impuestas mientras el funcionario, estudiante, preso, etc., esté integrado a la organización administrativa, de tal manera que, si por ejemplo, un profesor universitario es jubilado en el curso de un procedimiento disciplinario, y al concluir el mismo se decide imponerle la sanción de destitución, obviamente al haberse extinguido con el retiro por jubilación la relación de supremacía especial, dicha sanción no podrá ejecutarse, inclusive lo que correspondería en un supuesto como ese, sería dar por terminado el procedimiento mediante el sobreseimiento. Esa misma solución debería adoptarse si el investigado en el curso del procedimiento presentara su renuncia, y le fuera aceptada por la Administración.

d) No pueden ser acumuladas a otras sanciones disciplinarias, pues la doctrina niega la aplicación de más de una sanción disciplinaria por una misma falta, aunque con ella puedan haberse infringido varias disposiciones deontológicas. Por tanto, se excluye la imposición de dos sanciones de la misma clase, verbigracia dos suspensiones temporales, o dos amonestaciones escritas. Tampoco se admite la imposición de dos sanciones diferentes, pues generalmente las previstas en las leyes tienen un contenido parcialmente común, de tal manera que la más grave comprende a la menos grave. Al respecto sostiene MOR (1974) “que aplicar dos penas distintas, implica siempre la repetición de la pena inferior, con el agregado de un “plus”, constituido por el carácter diferencial de la sanción más grave”. En esta hipótesis, un sector doctrinario sostiene que la solución consiste en la imposición de la sanción más grave, que en el ámbito disciplinario casi siempre está relacionada con la extinción de la relación entre Administración y administrado, bien, por ejemplo, mediante la expulsión del estudiante o la destitución del funcionario.

3.4.2.3.4. **Clasificación de las sanciones disciplinarias**. Insistimos en que toda clasificación, debido que obedece a la orientación que le imprime el autor tiene un carácter parcial, de todas maneras sólo con fines didácticos consideramos conveniente aludir a la propuesta por MOR (1974) en Italia, quien las divide en sanciones correctivas o de orden, y "expulsivas", admitiendo la primera las siguientes subcategorías: sanciones morales, pecuniarias y limitativas. Pues bien, en el contexto de la anterior clasificación las más graves son las "expulsivas", porque implican, como su nombre lo revela, una "expulsión" del sancionado del servicio al cual aparece vinculado por la relación de supremacía especial, siendo modalidades de ellas, la destitución del funcionario, la expulsión del estudiante del centro educativo, y la "baja" del militar.

En cambio, las correctivas o de orden, sin comportar la finalización de la relación entre administrado y Administración, consisten en medidas aflictivas de menor gravedad, que tienen como finalidad recomponer o mantener la disciplina en el servicio público, la cual resulta infringida por el administrado. En la subcategoría de las sanciones morales entran la amonestación verbal, la amonestación escrita y en algunos ordenamientos "la censura". Es necesario resaltar que no deben confundirse las sanciones morales con los llamados de atención que en algunas oportunidades realizan los superiores a los subordinados para reclamarles el cumplimiento cabal de sus deberes, que formalmente se asemejan bastante a la amonestación, en virtud de que carecen de carácter sancionatorio, razón por la cual su realización no está sujeta a las garantías implicadas en el procedimiento de legalidad sancionatorio, y lo que es más importante, no surte ningún efecto sobre la carrera o el estatus del administrado, como sí ocurre con la amonestación, por ejemplo, dado que los ordenamientos suelen establecer que la imposición de un número de amonestaciones durante determinado período constituye una causal objetiva de destitución o expulsión, o sea, que el número puede convertir a las amonestaciones de correctivas (morales) en expulsivas.

En la subcategoría de las pecuniarias, en aquellos ordenamientos que las contemplan, entran, como es obvio, la multa, y la suspensión del sueldo, pero normalmente ésta va unida a la suspensión temporal de las funciones, la cual forma parte de la otra subcategoría, esto es, la limitativa, que como ya afirmamos, está montada sobre la modalidad de la suspensión temporal de las funciones con o sin goce de sueldo, pero igualmente puede ocurrir en el ámbito educativo, que el estudiante sea suspendido por determinado período, que generalmente se traduce en la pérdida del curso.

3.4.3. **Las sanciones administrativas accesorias**.

3.4.3.1. **Premisa introductoria**. Quizás la indiscutible incidencia que ha tenido el Derecho Penal, sobre el Derecho Administrativo sancionador ha conducido al traslado, a veces un tanto forzado, de algunas instituciones del primero al segundo. En efecto, en materia de sanciones penales, todos los ordenamientos suelen contemplar una división entre **principales y accesorias**, y a tal fin parten de la premisa de que las primeras producen el mayor castigo, y las segundas o resultan una consecuencia de las primeras, o sencillamente las agravan. Así, por ejemplo, la interdicción civil y la inhabilitación política son accesorias de conformidad con el art. 13 del Código Penal, a la principal de presidio, y la inhabilitación política es accesoria de la pena de prisión (art. 15).

Esa clasificación característica del Derecho Penal, porque obedece a la naturaleza particular de algunas de las sanciones penales contempladas en los ordenamientos, se ha pretendido extrapolar, la más de las veces, en forma mecánica, al Derecho Administrativo sancionador, de tal manera que es posible encontrar en algunas leyes sanciones administrativas principales y sanciones administrativas accesorias. Pensamos que optar por esa metodología, sin un proceso de reflexión en cada caso, pareciera erróneo, pues ya hemos afirmado que la regla en materia de establecimiento de sanciones debería ser una única sanción, concebida por el legislador, de tal manera que cumpla su finalidad aflictiva, sin necesidad de acumularle ninguna otra ni principal ni accesoria. Se trata entonces de un problema de política legislativa, cuya elaboración permita el respeto de la mencionada regla, para lo que resulta indispensable que al momento de legislar se tenga presente, siempre respetando el principio de proporcionalidad el binomio infracción-sanción, de tal manera que al tipificarse la infracción, deba establecerse la sanción que armonice con la misma, tomando en cuenta la naturaleza de la primera. En ese orden de ideas, el legislador deberá optar entre sanciones pecuniarias y sanciones interdictivas, incluyendo dentro de éstas a las reparatorias. Por supuesto, que en casos excepcionales, como señalamos precedentemente, es admisible la acumulación de dos sanciones principales, o de una sanción principal y una sanción accesoria, siempre y cuando se respete el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria.

3.4.3.2. **La sanción accesoria del comiso de los materiales e instrumentos utilizados para cometer la infracción**. Una de las reglas del Derecho penal, que en principio debería seguir la Administración Pública al ejercer la potestad

sancionatoria, es la relativa al comiso de los instrumentos o materiales utilizados para cometer la infracción. Así por ejemplo, si la Administración determina que una empresa fabrica y vende medicamentos, sin el correspondiente permiso sanitario, pareciera lógico que además de una sanción pecuniaria, se le impusiera la accesoria del comiso, tanto de los medicamentos como de los instrumentos y materiales utilizados para su fabricación.

Ahora bien, es necesario advertir que en materia penal esa regla opera *ipso iure*; en cambio, en materia sancionatoria administrativa no luce tan sencilla imponerla de esa manera, porque puede resultar contraria a los principios de proporcionalidad y no confiscación que presiden el establecimiento de las sanciones administrativas. En efecto, basta imaginarse, por ejemplo, que para la construcción de determinado inmueble el administrado requiera derribar un pequeño árbol y utilice a tal efecto un tractor, incurriendo de esa manera en una infracción tipificada en una norma urbanística o ambiental. En ese supuesto hipotético, si rigiera en forma general la regla bajo examen, entonces además de la sanción pecuniaria de multa, o la relativa a la reposición a la situación originaria, procedería el comiso de un bien relativamente costoso como el tractor, si se compara con el valor del árbol, pudiendo configurarse en esa hipótesis una lesión al principio de proporcionalidad.

De allí que de considerarse procedente el establecimiento del comiso de los materiales e instrumentos utilizados para cometer la infracción administrativa, como sanción accesoria, deba realizarse caso por caso, soslayando su aplicación de manera general, pues insistimos en que la mayoría de las veces bastará la sanción pecuniaria o interdictiva para lograr el fin aflictivo perseguido por la misma, sin que sea necesario una vez logrado dicho fin, pretender erigir en sanción accesoria el comiso de los materiales o instrumentos utilizados para cometer la infracción. Pensamos que en determinadas áreas competenciales de la Administración, puede resultar positivo acudir a esa técnica, tales como la sanitaria, la ambiental y la urbanística, y por supuesto en cualquiera otra en que se imponga como una consecuencia natural de la sanción principal, el mencionado comiso, como accesoria. Así por ejemplo, algunos reglamentos universitarios que contemplan la expulsión de aquellos estudiantes, hasta por diez años, que portando armas de cualquier tipo creen de alguna manera el peligro de un daño inminente contra las personas, o bienes de propiedad pública, deberían contemplar en forma expresa, pese a tratarse de sanciones disciplinarias, el decomiso de las armas, que constituyen los instrumentos esenciales para cometer la mencionada infracción.

En fin, lo deseable sería que el comiso de los materiales para cometer las infracciones como sanción accesoria administrativa, fuera establecida por el legislador cuando así lo impusiese la naturaleza de la infracción tipificada; y en consecuencia; sólo de manera excepcional. Por otro lado, dada la plena vigencia del principio de legalidad administrativa, y más concretamente del principio de legalidad sancionatorio, no es posible pretender aplicar la regla general contenida en el Código Penal, sobre el comiso de los materiales e instrumentos con que se cometió el delito, en sede administrativa, el cual únicamente procederá si está expresamente previsto en una norma de rango legal; de lo contrario, aunque aparezca obvio, como en el ejemplo de los estudiantes armados, será ilegal proceder al comiso de las armas.

El legislador debe reflexionar en la oportunidad en que le corresponda establecer el comiso como sanción accesoria, ya que resulta incorrecto pretender incluir en la sanción pecuniaria el valor de los materiales e instrumentos con que se cometió la sanción, con la finalidad de soslayar el comiso de los mismos, pues de esa manera seguramente el monto de la correspondiente multa será exagerado, e infringiría el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, resulta concluyente que debe optarse por la técnica de la sanción accesoria de comiso, cuando resulte ajustada a la naturaleza de la infracción, y por ende, a los principios que condicionan su establecimiento.

Por último, para evitar cualquier equivocación, cabe hacer notar que en los párrafos precedentes nos referimos al comiso de los instrumentos y materiales utilizados para cometer la infracción, cuando resulte procedente; sin embargo, el legislador puede optar por establecerlo como sanción principal única, e inclusive puede acumularlo como tal sanción principal, a otra principal, sólo en casos muy excepcionales, en que la gravedad de la infracción así lo justifique. En todo caso, tanto el legislador como el administrado deben partir de la presunción *iuris tantum* relativa a que todo cúmulo de sanción, sean principales, o principales o accesorias, en principio, infringen el principio de proporcionalidad, y eventualmente también el principio de no confiscación. Por lo tanto, el primero debe examinar muy bien el asunto antes de establecer el referido cúmulo; y el segundo, frente al cúmulo está obligado a analizar el asunto partiendo de la aludida presunción, a los fines de organizar su eventual defensa en sede administrativa o jurisdiccional.

3.4.4. **Las sanciones administrativas y la responsabilidad civil**. No cabe duda que al incurrir en ciertos tipos de infracciones administrativas puede causársele un daño al patrimonio público, verbigracia cuando un conductor al

ignorar la luz roja del semáforo, debido a la alta velocidad, tumba un poste público o daña una vía pública, o cuando un particular desforesta una parte de un parque nacional, o corta árboles en una reserva forestal. En todos los ejemplos anteriores el administrado incurre en una infracción tipificada en el correspondiente ordenamiento sectorial, pero al mismo tiempo causa un daño al patrimonio público, y por ende, incurre en responsabilidad civil.

Ahora bien, la solución clásica del Derecho Penal en supuestos similares, consiste en diferenciar la responsabilidad penal de la responsabilidad civil, partiendo de la base de que la indemnización o reparación del daño carece de efectos sancionatorios. Sin embargo, en esa disciplina jurídica se postula y así aparece recogido en los correspondientes ordenamientos penales, la posibilidad de acumular la acción civil a la penal, esto es, que en el mismo juicio criminal se profiere el pronunciamiento sobre la reclamación civil. Pero igualmente esos ordenamientos prevén que el afectado se reserve el ejercicio de la acción por ante la jurisdicción civil, una vez que concluya el juicio penal.

Ya hemos afirmado y demostrado con ejemplos que el ilícito administrativo puede causar un daño a la Administración; no obstante, los ordenamientos en general no han sido receptivos de la solución contemplada en el Derecho penal, y algunos han optado por una solución diferente, en nuestro criterio errada, que consiste en establecer sanciones pecuniarias, e incluir dentro del monto de éstas el resarcimiento del daño causado con la infracción, situación que conduce casi siempre a la violación del principio de proporcionalidad, e inclusive eventualmente podría dar lugar a la lesión del principio de no confiscación, puesto que al monto de la multa prevista para castigar al infractor, se le añade automáticamente la cuantía del daño causado por la infracción, la cual puede llegar a ser muy elevada, de tal manera que esa sumatoria desnaturaliza la idea que informa a la sanción pecuniaria de multa.

Por supuesto, que el problema va más allá de la técnica legislativa seguida con la finalidad de incluir el resarcimiento del daño en una sanción administrativa principal o en una accesoria, en virtud de que se inscribe en un tema capital en materia de responsabilidad, atinente a la legalidad del conferimiento de la facultad a la Administración Pública para declarar que un particular ha incurrido en responsabilidad civil, aun cuando tal facultad aparezca encubierta en la potestad sancionatoria, en primer lugar, porque tradicionalmente ha sido una competencia exclusiva y excluyente de los órganos jurisdiccionales emanar pronunciamientos sobre la responsabilidad civil, y ello obedece fundamentalmente a que en sede judicial los administrados disponen de mayores garantías.

En efecto, en ese orden de ideas no debe olvidarse que, aun en el marco de la potestad sancionatoria, con todas las garantías derivadas del principio de legalidad sancionatorio, la Administración que impone la sanción que origina la declaratoria de responsabilidad civil es sustantivamente juez y parte; en cambio, cuando la declaratoria emana de los tribunales, los administrados cuentan con la garantía del juez independiente e imparcial, en un proceso en el que la Administración es sólo parte; en segundo lugar, la posición del administrado queda seriamente afectada en el caso de que la Administración declare la responsabilidad civil, en el marco del procedimiento sancionatorio, en virtud de que en casi todos los ordenamientos que integran el denominado sistema continental de derecho, todavía rige el principio de la autotutela ejecutiva, motivo por el cual la sanción-indemnización puede ser ejecutada, aun antes de que el Tribunal Contencioso se pronuncie sobre una eventual medida cautelar de suspensión de los efectos solicitada por el sancionado al cual consecuencialmente se haya declarado responsable civilmente, y ordenado el resarcimiento del daño.

Por las razones antes expuestas, se impone que los legisladores realicen un verdadero examen de la situación antes de exigir la indemnización del daño, bajo la forma de sanción administrativa principal o accesoria. En todo caso, repetimos que el Derecho positivo puede dejar de lado en determinadas circunstancias años de doctrina y jurisprudencia; y en consecuencia, optar por establecer sanciones-indemnizaciones. Sin embargo, si esa fuera la opción seleccionada, habría que examinar con mucho cuidado aquellas materias en el marco de las cuales se produzca la infracción, a los fines de determinar, atendiendo a su naturaleza, si resulta aconsejable derivar de la sanción que corresponda, la indemnización del daño causado por la infracción. Reiteramos que en el caso de que los legisladores decidiesen escoger esta técnica, ciertos intereses públicos tutelados por la Administración, tales como los vinculados a la ecología, al ambiente y al urbanismo, entre otros, parecieran por su naturaleza, más proclives para regular la potestad sancionatoria acudiendo a la modalidad de la sanción-indemnización.

Insistimos en que se trata de adoptar una decisión que bien puede estar destinada a preservar el principio clásico relativo a la competencia de los órganos jurisdiccionales para declarar la responsabilidad civil, o bien esa decisión legislativa puede estar orientada hacia el quiebre de dicho principio, y conferirle en la norma la potestad a la Administración para declarar explícita o implícitamente la responsabilidad civil y ordenar la indemnización al momento de establecer la sanción administrativa. Al respecto consideramos

que la tendencia legislativa debería orientarse por la solución clásica, pero es admisible, por no resultar en principio ni ilegal ni inconstitucional, que el legislador se oriente por la solución heterodoxa, y en el marco de la potestad sancionatoria faculte a la Administración para que declare la responsabilidad civil, pese a que siempre será posible cuestionar dicha solución, invocando la posible violación de la garantía al juez imparcial e independiente contemplada en los textos fundamentales.

El Derecho positivo evidencia que en algunos ordenamientos está presente la tendencia orientada hacia la solución heterodoxa. Así por ejemplo, el artículo 130.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española, prescribe: "1. *Omissis*. 2. Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente".

Sin dudas que esta ley apareja la declaratoria de responsabilidad civil en forma expresa y explícita a la declaratoria de responsabilidad administrativa, esto es, a la imposición de la correspondiente sanción administrativa, en razón de que faculta a la Administración no sólo para que declare esa responsabilidad, sino para exigirle al infractor la satisfacción de la indemnización acordada en el plazo que se establezca, pero deja abierta la posibilidad para la Administración, en caso de incumplimiento del administrado, de acudir en forma expedita a la vía judicial. No es el caso entrar a examinar algunas de las dudas que ha suscitado en el ámbito doctrinario español la disposición transcrita, sólo queríamos traerla a colación a título de ejemplo para demostrar que el legislador español de manera general optó por la solución heterodoxa en forma explícita y expresa.

Pero igualmente se puede escoger esa solución, no en forma explícita, sino implícita, ello puede ocurrir cuando el legislador incorrectamente incluya el monto de los daños y perjuicios en una sanción pecuniaria, tal como se desprende del artículo 109, parágrafo segundo, de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, que estatuye: "Toda persona natural o jurídica que realice obras o actividades urbanísticas sin haber cumplido con las normas establecidas en esta Ley, será sancionado de acuerdo a: 1. *Omissis*. Parágrafo

Segundo. En caso de que no sea posible la restitución a la cual se contrae el parágrafo anterior (restitución de las condiciones ambientales preexistentes a la infracción a su estado originario), la autoridad urbanística **establecerá una multa adicional equivalente al doble del valor del daño causado**...". De modo, pues, que se trata de la declaratoria de una responsabilidad civil en el marco del procedimiento sancionatorio, que conduce al pago de una indemnización exagerada, por cierto, en ese ánimo draconiano que tiende a mostrar el legislador venezolano en las leyes que aprueba, en virtud de que no obedece estrictamente al concepto de indemnización propio de la responsabilidad civil, puesto que la exigencia es por el doble del daño originado con la infracción administrativa. Pero al fin y al cabo lo que nos interesa demostrar es que en este caso el legislador utiliza impropiamente la multa para declarar implícitamente la responsabilidad civil, y ordenar el pago de la respectiva indemnización, con la particularidad de que en el propio precepto se deja constancia de que el pago de esa multa es a título de indemnización por el daño causado, lo que desde luego muestra la clara voluntad de la ley de declarar la responsabilidad bajo examen.

Por supuesto, que esa forma encubierta de legislar pudiera suscitar problemas a la Administración, dado que, en primer lugar, la multa, sanción de naturaleza pecuniaria, no es el medio jurídico válido y pertinente para intentar el resarcimiento de daños de naturaleza civil, y en segundo lugar, porque consecuencialmente, pese a la expresión clara de la ley en el sentido indicado, visto que la indemnización a la postre está contenida en una multa, que es una sanción administrativa, nada obsta para que el particular sancionado, aferrándose a la naturaleza de este tipo de sanciones, esgrima el argumento concerniente a la violación del principio de proporcionalidad, y eventualmente, dependiendo de la cuantía de la multa, el de no confiscación.

En fin, el aparejamiento de la responsabilidad civil a la responsabilidad administrativa, pese a que es una técnica presente en algunos ordenamientos, no deja de suscitar múltiples dudas, y por supuesto está abierta a la discusión doctrinaria, y sobre todo al criterio de la jurisprudencia. Mas aun, cuando ese aparejamiento es expreso y no equívoco, en el sentido de deslindar ambas clases de responsabilidades aunque tengan el mismo origen, sin pretender convertir la indemnización por el daño originado en la infracción, en una sanción administrativa, como ocurre en la disposición de la ley española transcrita, en la cual se distingue claramente entre la responsabilidad administrativa y la civil, de todas maneras se suscitan las dudas indicadas, debido a que la Administración asume una competencia tradicio-

nalmente atribuida a los órganos jurisdiccionales. Pero esas dudas se acrecientan mucho, cuando la Ley incluye formalmente la indemnización derivada de la declaratoria implícita de la responsabilidad civil en una sanción pecuniaria, como en el caso de disposición citada de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, ya que al cuestionamiento relativo a la competencia indicado antes, se añade el concerniente a la casi segura incompatibilidad de la cuantía de la multa con el principio de proporcionalidad de las sanciones.

3.4.5. **La prohibición del establecimiento de sanciones administrativas de carácter corporal o privativas de la libertad**. Es necesario recordar que el "poder de policía", característico del Estado Absoluto, aunque parezca paradójico traspasó las fronteras del Estado de derecho, e inclusive en muchos países fue utilizado, invocando la tutela del orden público, y un supuesto deber genérico de los ciudadanos de no perturbar ese orden, para que la Administración Pública impusiese sanciones privativas de la libertad a los ciudadanos, algunas veces sin ninguna habilitación legislativa, y otras con habilitación. Pues bien, aunque pudiera parecer también increíble esa potestad fue ejercida con normalidad hasta mediados del siglo XX, y en algunos países como Venezuela, como quedará demostrado más adelante, aun se continúa ejerciendo.

La irrupción del nuevo constitucionalismo europeo surgido inmediatamente después de la Segunda Guerra Mundial, pues la aplicación de la Constitución alemana de Weimar de 1919, pese a sus innegables virtudes, debido a la crítica situación política, económica y social que vivió ese país en el período de postguerra hasta el ascenso al poder del nazismo, fue casi irrelevante, confiere operatividad a los denominados **derechos fundamentales,** cuyo origen se remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano emanada de la Asamblea Nacional en 1789, y tal operatividad se expresa en la connotación que reciben en los textos constitucionales, que los conciben según VILLALÓN (2001) "como aquellos derechos que la Constitución garantiza a los ciudadanos como expresión o traducción, en el ordenamiento nacional, de los derechos del hombre, derechos humanos"... En realidad esta clase de derechos son, en términos generales, esferas de libertad de los ciudadanos, que constituyen verdaderos límites frente a las actuaciones de los Poderes Públicos, por cuanto aparecen garantizadas constitucionalmente, de tal manera que cualquier intento de traspasar esos límites encuentra en el texto fundamental un remedio eficaz para ponerle coto al mismo.

Pues bien, dentro de esos derechos. destaca por su relevancia. después del derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad personales, siendo definida la libertad personal, como "plena autodeterminación del propio movimiento corporal, la libertad física" o "la libertad de orientar la propia acción", y la seguridad personal como "la garantía contra la arbitrariedad en las restricciones, y especialmente en las privaciones, de esa libertad ejecutadas, ante todo, por el poder público". GARCÍA TORRES (2001).

Esta proclamación casi solemne acerca del derecho a la libertad y seguridad personales, de ninguna manera supone la inexistencia de límites al mismo, dado que por definición no existen derechos constitucionales ilimitados, pues dichos límites suelen estar en la propia Constitución o fijarse en las leyes, debiendo éstas respetar el contenido esencial del derecho que se pretende limitar. Por consiguiente, frente a la referida concepción del derecho a la libertad personal reflejada en la Carta Magna, la única forma de afectar válidamente esa "libertad física", es dando estricto cumplimiento a los parámetros que la propia Constitución establece, los cuales, como afirmamos antes, pueden y deben ser desarrollados por las leyes, siempre que no se desvirtúe el contenido esencial del derecho regulado o desarrollado.

En ese sentido la tendencia en el constitucionalismo moderno es a admitir la privación de la libertad de las personas únicamente cuando esté precedida de una orden judicial, o en caso de que sean sorprendidas *in fraganti* en la comisión de un delito, así como a establecer la regla general del juzgamiento en libertad, de tal manera que conforme a los citados principios constitucionales, que con mayores o menores matices están presentes en la mayoría de los textos constitucionales, resulta concluyente que la Administración Pública, en ejercicio de su potestad sancionatoria, está impedida en términos absolutos de imponer sanciones privativas de la libertad a los ciudadanos, y por supuesto, igualmente el Parlamento está impedido de aprobar leyes que establezcan sanciones administrativas que directa o indirectamente comporten privación de la libertad.

En otras palabras, no se requiere cuando un texto constitucional contiene los principios antes enunciados en materia de libertad personal, que el mismo consagre en una disposición expresa la interdicción de la Administración Pública para la imposición directa o indirecta de sanciones privativas de la libertad, pues es obvio que tal prohibición aparece nítidamente establecida en los señalados parámetros constitucionales. Tal vez la técnica utilizada por la Constitución española de 1978 de establecerla en su artículo 25.3 en los

siguientes términos: "La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad", obedezca al largo período de la dictadura franquista que precedió a la promulgación del texto fundamental, durante el cual el respeto a los derechos fundamentales, era prácticamente inexistente; de allí que aunque ciertamente un tanto redundante, la disposición tenga pertinencia, además de doctrinaria, histórica.

No cabe duda entonces que en el estado actual del constitucionalismo moderno afincado en la teoría de los derechos fundamentales, cualquier planteamiento tendente a justificar la potestad de la Administración Pública de imponer por vía directa o indirecta sanciones privativas de la libertad, además de ser totalmente retrógrado, constituye francamente un exabrupto jurídico, y debe ser soslayado inmediatamente por cualquier órgano del poder público. Por supuesto, que todos los anteriores calificativos se potencian cuando el planteamiento es convertido en norma por parte de un Parlamento, que es lo que ocurre precisamente en el caso venezolano, nada más y nada menos, con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como lo examinaremos más adelante.

Por supuesto, que también debe ser rechazada la tesis de siglos pasados que abogaba por la conversión de las sanciones pecuniarias en penas privativas de la libertad, estableciendo una equivalencia entre cierta cantidad de dinero, por cada día privado de libertad de aquel ciudadano que carecía de medios económicos para pagar la multa. Las previsiones constitucionales actuales antes enunciadas, tornan inútil cualquier intento de acudir a argumentos, como los que se esgrimieron en tiempos no muy remotos para postular la necesidad de proscribir esa conversión, sustentados en la premisa de que tal conversión violaba el principio de igualdad, que sí aparecía consagrado en los textos constitucionales, en virtud de que la conversión de la multa en pena privativa de la libertad daba origen a una discriminación entre los que detentaban bienes, que podían pagar la multa sin ningún tipo de problema, y aquellos que carecían de bienes, quienes debido a esa sola situación debían pagar una pena privativa de la libertad, máxime si en esos tiempos ya se había abolido la pena de prisión por deudas.

Es lo cierto que esa discusión se dio básicamente en los países europeos a inicios del siglo XX, pero a pesar de todo, la previsión normativa se continuó aplicando hasta mediados de dicho siglo. Sin embargo, la discusión doctrinaria perdió toda su pertinencia precisamente a partir de ese período, cuando entraron en vigencia las referidas Constituciones de los

Estados democráticos y de derecho, debido a que todas ellas configuraron en forma textual o contextual, pero muy clara, la interdicción de la Administración para imponer sanciones privativas de la libertad, razón por la cual debe resultar insólito en esos Estados siquiera mencionar esa posibilidad, muchos menos llegar a positivizarla.

3.5. **Los principios de las sanciones administrativas**. La ausencia de una ley contentiva del régimen de la potestad sancionatoria de la Administración Pública en un país, impide conocer con certeza los principios que orientan tanto el establecimiento mediante normas, como la imposición de las sanciones administrativas, sobre todo aquellos que pueden considerarse como particulares de las mismas, ya que las garantías derivadas del principio constitucional de legalidad sancionatorio (reserva legal y tipificación), son exigibles tanto para las infracciones, como para las sanciones administrativas, con las matizaciones indicadas precedentemente. En todo caso, siempre será posible intentar solucionar los problemas derivados de vacíos normativos, acudiendo a las normas que regulan las sanciones penales, en cuanto sean aplicables, dado que el poder punitivo del Estado es uno y único.

De todas maneras, teniendo en cuenta la dificultad que puede presentarse a los operadores jurídicos, cuando no existe un régimen que discipline la potestad sancionatoria de la Administración, en lo atinente a los principios particulares de las sanciones administrativas, a continuación pasamos a enumerar un conjunto de ellos que han sido formulados, básicamente por la doctrina italiana, y que por lo demás han sido recibidos por el Derecho positivo italiano. Ellos son los siguientes:

a) Principio de legalidad. La doctrina italiana al referirse a este principio precisa que se trata del que hemos examinado en el capítulo precedente, bajo la denominación de garantía de reserva legal, el cual se encuentra perfectamente reflejado en la expresión latina *nulla poena sine lege*. En ese orden de razonamiento cabe destacar, que así como no resulta posible calificar una conducta delictiva o infractora, sin que previamente esté tipificada en una ley, mucho menos resulta posible imponer una pena o sanción, sin que ella esté prevista previamente en una ley. Y hacemos énfasis mediante la frase "mucho menos", porque en este caso la reserva legal reviste carácter absoluto, en términos de la doctrina italiana, la cual la define como "un vínculo para el poder legislativo; al cual la Constitución prohíbe atribuir poderes reglamentarios en ciertas materias, porque están en juego bienes fundamentales del ciudadano", ROSSINI (1991).

Es cierto que una prohibición de esa naturaleza abarca a las sanciones administrativas, porque a diferencia de lo que ocurre con la tipificación de las infracciones administrativas, en las cuales se admite la colaboración reglamentaria; en cambio, en el establecimiento de esta clase de sanciones está excluida totalmente dicha colaboración, de tal manera que siempre deberá operar mediante una ley formal, o mediante un acto con rango o fuerza de ley (decretos legislativos, decretos leyes, dependiendo de cada ordenamiento), debido a que precisamente la garantía de la reserva legal se traduce en una interdicción constitucional para que el referido establecimiento pueda ser realizado mediante normas de rango sublegal. Insistimos entonces en que constituiría un error predicar cualquier matización de este principio, debido a que siempre las sanciones deben estar previstas en instrumentos de rango legal.

A lo sumo, algunos ordenamientos admiten el conferimiento a la Administración Pública de la potestad, siempre sujeta al principio de proporcionalidad, de seleccionar entre una gama de sanciones, aquella que más se ajuste a la infracción cometida por el sancionado, y en ese sentido la técnica legislativa debe optar por configurar un elenco de sanciones graduadas, bien que se traten de interdictivas, pecuniarias o disciplinarias. En suma, independientemente de la técnica a la que pueda acudirse para establecer las sanciones administrativas (una infracción y su sanción respectiva, reenvío a otra norma o a otra ley, etc.) resulta concluyente, de conformidad con el principio bajo examen, que dicho establecimiento debe realizarse mediante instrumentos normativos de rango legal promulgados, en la hipótesis de los Estados con forma federal, por los órganos legislativos competentes de cada uno de los entes territoriales que lo conforman. En otros términos, la Administración Pública está impedida de establecer cualquier tipo de sanción administrativa, así como de complementar disposiciones sancionatorias aprobadas por el Parlamento, pues este órgano está obligado a regular en forma exhaustiva y agotadora el establecimiento de las sanciones que establezca.

b) El principio de taxatividad. Este principio ha sido considerado por la doctrina extranjera más bien como un criterio de interpretación, pues permite orientar la actuación de la autoridad administrativa al imponer la sanción, la cual queda vinculada estrictamente al contenido de la disposición legislativa sancionatoria, de tal manera que si la disposición establece una relación de causalidad entre una infracción y una sanción, y el texto legislativo contempla otras sanciones, de mayor o menor gravedad, necesariamente debe aplicar la sanción vinculada de manera específica a la infrac-

ción, aunque pueda parecerle a la aludida autoridad más congruente imponer otra de las sanciones que figuran en la Ley. Por supuesto, que el principio de taxatividad implica la prohibición para la Administración de imponer sanciones no previstas expresamente en el correspondiente texto legislativo, y se extiende a la creación de sanciones, así como a la aplicación de sanciones contempladas en otros textos legislativos (aplicación en virtud de la analogía). Queda pues en evidencia que el principio de taxatividad de las sanciones administrativas no hace más que imponer una regla o criterio riguroso de interpretación restrictiva, tanto a la Administración que las impone, como a los órganos jurisdiccionales que revisan su imposición.

c) El principio de la intransmisibilidad de las obligaciones derivadas de las sanciones administrativas. Conviene recordar que la regla en materia de aplicación de este tipo de sanciones en las cuales predomina el carácter aflictivo, impone que deben ser aplicadas únicamente al sancionado, o sea, al autor de la infracción, debido al carácter personal de la misma; por consiguiente, si éste muere sin haberlas sufrido, ellas se extinguen y no resulta transmisible a sus herederos. En tiempos anteriores se conceptuaba la obligación derivada de una sanción pecuniaria como un crédito a favor del Estado, por consiguiente, si moría el sancionado sin haber pagado la multa, se consideraba que la obligación pasaba al patrimonio de los herederos, quienes salvo que recibiesen la herencia a beneficio de inventario, estaban obligados a satisfacerla.

Esa tesis, que inclusive fue sostenida parcialmente en Venezuela por CHIOSSONE (1973), al considerar que las costas procesales aun siendo obligaciones civiles, cuando se aplicaban en juicio penal tenían carácter de pena, y podían transmitirse a los herederos, ha sido superada sobre la base del carácter meramente aflictivo de la sanción, así como del principio de la personalidad de la infracción, y por ende, de la sanción, tal como lo preceptúa el artículo 3 de la L 24 noviembre 1989. n. 689 italiana, en los siguientes términos: “En las violaciones a las cuales sea aplicable una sanción administrativa, cada uno es responsable de su propia acción u omisión, consciente y voluntaria, sea dolosa o culposa”.

Pese a la proclamación de este principio podrían suscitarse dudas sobre su aplicación en algunos supuestos de sanciones reparatorias, sobre todo aquellos relacionados con sanciones impuestas a particulares que infringen disposiciones destinadas a proteger intereses públicos relacionados con el medio ambiente, el urbanismo, la seguridad, etc., cuando la

medida sancionatoria consiste en la reposición de la situación alterada a su estado originario. Sin embargo, aun en esos casos pareciera que debería primar el principio de la personalidad tanto de la infracción como de la pena; y en consecuencia, se configurará la interdicción de la transmisión de esa obligación a los herederos. Sin embargo, la cuestión podría plantearse de manera diferente si la norma previese como consecuencia de la imposición de esa sanción, la indemnización de los daños causados con la afectación del ambiente, ecología o urbanismo, pues en ese caso la indemnización no se reputaría como sanción, sino como la expresión de la responsabilidad civil, tal como quedó explicado en páginas anteriores.

No obstante, esta solución ni siquiera sería discutible a la luz del principio bajo examen, si el legislador optara por incluir el resarcimiento del daño en la cuantía de la sanción pecuniaria, porque de esa manera no se podría discriminar entre sanción e indemnización originada en la declaración de responsabilidad civil, derivada a su vez de la declaración de responsabilidad administrativa, y la consiguiente imposición de la sanción pecuniaria, en la cual aparezca incluido el monto de la indemnización. En otras palabras, la inclusión de la hipotética indemnización en el monto de la multa, conduciría a que primara sin ningún tipo de dudas el principio de la intransmisibilidad de las sanciones a los herederos, pues aunque la multa incluyera a la indemnización, mantendría su carácter sancionatorio.

d) El principio de no acumulación de las sanciones administrativas. Este principio relacionado con el complejo problema del Derecho penal concerniente a los concursos formales y reales de delitos, que lógicamente se corresponde con el cúmulo de penas, encuentra en el ámbito de la potestad sancionatoria de la Administración una aplicación diferente y mucho más sencilla, que se traduce en la prohibición de imponerle un cúmulo de sanciones administrativas a un administrado, que con su acción u omisión viola diversas disposiciones que prevén distintas sanciones administrativas, o comete varias violaciones –en forma continuada– de la misma disposición, y a la vez en la autorización de la imposición de la sanción más grave de todas las contempladas para esas violaciones, siempre que la misma sea aumentada en la proporción que se considere en cada Derecho positivo, pudiendo ser elevada, como ocurre generalmente, al doble o al triple, pero en todo caso corresponderá a cada ordenamiento optar por esa solución, e inclusive esa opción puede traducirse sencillamente en imponer únicamente la sanción más grave.

Conviene señalar que duplicar o triplicar la sanción más grave en esas hipótesis, resulta perfectamente posible, cuando ella sea de naturaleza pecuniaria, o interdictiva en cualquiera de las siguientes modalidades: suspensión o inhabilitación para el ejercicio de determinada profesión, o de funciones públicas, por determinado tiempo. Pero por razones obvias, tal solución no vale en el caso de la destitución del funcionario público o de la expulsión del estudiante del establecimiento educativo.

Se han suscitado dudas acerca de la validez de este principio, sobre todo cuando se compara con su aplicación en el Derecho penal, en virtud de que se le da el mismo tratamiento sancionatorio a quien con una sola acción u omisión infringe varias disposiciones legales, como a quien con varias acciones y omisiones viola una misma disposición (infracción continuada). Inclusive en Italia se llegó a afirmar que era contrario al principio de igualdad. Sin embargo, la Corte Constitucional de ese país, en una sentencia del año 1987, consideró infundada dicha tesis, en virtud de que la comparación de las previsiones de la disciplina penal y administrativa en materia de sanciones, resultaba poco significativa, dado que entre las dos categorías de ilícitos que originaban las respectivas categorías de sanciones existían diferencias sustanciales, aun en el plano constitucional; que además la hipótesis del concurso formal (muchos ilícitos mediante una sola acción u omisión) era diferente de la hipótesis de la continuación (muchos ilícitos mediante muchas acciones u omisiones), realizada mediante la ejecución de un mismo diseño, y que para la determinación de la existencia de ese mismo diseño, se requería una indagación sicológica, la cual resultaba irrelevante para el caso del ilícito administrativo.

En todo caso, lo importante es que el principio se traduce en la regla de la prohibición de la acumulación de sanciones administrativas, a diferencia de lo que ocurre en algunos ordenamientos en materia penal, pero sobre todo que origina una solución sin mayores complicaciones, que puede consistir únicamente en el aumento de la sanción más grave, en proporción a lo que se establezca en cada Derecho positivo, pero de no existir una previsión en ese sentido, entonces deberá regir la regla relativa a la simple aplicación de la sanción más grave.

e) El principio de la limitación de las sanciones pecuniarias. Este principio aparece estrechamente relacionado con la garantía de no confiscación de las multas, y encuentra concreción en el deber del Estado de establecer una cuantía mínima y una cuantía máxima, en términos absolutos,

verbigracia de cinco millones a doscientos millones de bolívares, o anclada a algún criterio técnico o jurídico, tal como el salario mínimo o la unidad tributaria, con la finalidad de mantener el carácter verdaderamente aflictivo y evitar la multa "rentable", neutralizando de esa manera los eventuales efectos de la inflación.

El principio además juega en favor de la seguridad jurídica, puesto que recogido en una Ley que trace los postulados fundamentales de las sanciones administrativas, se erige en un límite para el mismo legislador, quien desde luego, puede modificarlo sensatamente cuando las circunstancias así lo determinen, e inclusive admitiría derogación para sancionar infracciones de normas que tutelen intereses públicos de trascendental importancia. Cabe añadir que al establecer máximos y mínimos en el caso de las sanciones pecuniarias, se facilita a la Administración la aplicación del principio de proporcionalidad, en virtud de que tendrá a su disposición un margen muy amplio entre un mínimo y un máximo, que armonizará evaluando las variables que los ordenamientos suelen enumerar a los fines de la graduación de las sanciones.

f) El principio de proporcionalidad o de graduación de las sanciones administrativas. Ya este principio fue examinado exhaustivamente en el capítulo precedente, razón por la cual en este acápite nos limitaremos a añadir y a precisar que este principio debe ser respetado tanto por los legisladores, como por la Administración sancionadora, y que aparece articulado a la premisa básica atinente a que, tanto el Parlamento como los órganos administrativos, en sus respectivas esferas de competencia, deberán guardar la debida adecuación entre la acción u omisión constitutiva de la infracción, y la sanción. En tal sentido cabe señalar que el artículo 131 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española, fija unos criterios para tornar operativo o facilitar la aplicación del principio bajo examen, al puntualizar que en la graduación, además de la referida premisa básica, deben considerarse los siguientes criterios: la existencia de la intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados, la reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme.

En ese mismo orden de ideas la L. 24 de noviembre 1981, n. 689 italiana: Modificaciones al sistema penal (capítulo I), establece como criterios para la aplicación de las sanciones pecuniarias, la gravedad de la

infracción, la actividad realizada por el infractor para eliminar o atenuar las consecuencias de la violación en que ha incurrido, la personalidad del infractor y sus condiciones económicas. En suma, el principio de proporcionalidad de las sanciones se concreta en un mandato tanto para el Parlamento como para la Administración, construido sobre la base de la congruencia de la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción, pero igualmente fundamentado en su aplicación práctica por ciertos criterios que suelen enumerar los correspondientes textos legislativos, como ocurre con las citadas leyes de España e Italia.

g) Otros principios: Reenviamos a los otros principios examinados en el capítulo precedente comunes a las infracciones y a las sanciones administrativas, a saber: prohibición de la analogía, *non bis in ídem,* irretroactividad de las normas sancionatorias y retroactividad de las favorables, culpabilidad, solidaridad de los infractores, prescripción y responsabilidad subjetiva.

3.6. **La autotutela y la ejecutividad de la sanción**.

3.6.1. **Planteamiento del problema**. Como es sabido uno de los privilegios más importantes, sino el más importante de las Administraciones Públicas en los ordenamientos que se inscriben en el denominado sistema de derecho continental, es el que encuentra concreción en la potestad de autotutela, cuyo ejercicio le permite a la Administración tutelar su propia situación jurídica, con la finalidad de cuidar los intereses públicos que le asigna la Ley, mediante la emanación de actos destinados a modificar, constituir o extinguir las situaciones jurídicas de los particulares, sin necesidad de requerir el concurso de los tribunales, razón por la cual dichos actos revisten carácter ejecutorio, propio de las declaraciones provenientes de los órganos jurisdiccionales. Por consiguiente, debido a ese carácter procede su ejecución inmediata, sin que pueda estar supeditada al ejercicio de ningún tipo de recursos administrativos o jurisdiccionales, todos los cuales, en principio, carecen de efectos suspensivos.

Pues bien, el problema se plantea cuando el acto dictado por la Administración consiste en una sanción, que siempre afecta el derecho de libertad, concebido en términos amplios, del administrado sancionado, que inclusive sin tratarse de la libertad personal, puede tener carácter fundamental, como el derecho a la educación, cuando se expulsa a un estudiante de un establecimiento educativo; o el derecho al trabajo o ejercicio de la función pública, cuando se destituye a un funcionario público; o el derecho a la

propiedad, cuando se decomisa una antena repetidora a una empresa de telecomunicaciones.

El "quid" del asunto radica en determinar si cuando se trate de actos sancionatorios debe ceder la potestad de autotutela de la Administración, que como hemos dicho, aparece sustentada en la necesidad de tutelar los intereses públicos, y consecuentemente en la presunción de legalidad de dichos actos, frente a los derechos fundamentales, pues como bien asienta GARCÍA DE ENTERRÍA (1991), para sustentar su posición favorable a la suspensión de la ejecución de dichos actos, hasta tanto se dicte la sentencia definitiva, la confrontación a los fines de llegar a esa valoración jurídica es entre una nota técnica de la Administración, la ejecutividad, ligada a su función de gestora de intereses públicos, y los derechos fundamentales que constituyen el soporte del ordenamiento jurídico, debiendo tener primacía estos últimos.

PARADA (1998) resulta aun más incisivo al postular la necesidad de la suspensión automática de los efectos de los actos sancionatorios, hasta tanto el tribunal competente dicte la decisión definitiva, al invocar la regla contenida en la expresión latina *nulla poena sine iudicio* y el derecho de la presunción de inocencia. Queda por determinar el tratamiento que ha recibido el asunto por el Derecho positivo y la jurisprudencia, sobre todo en España, porque en aquellos países en que se han producido procesos de despenalización, con la finalidad de transformar transgresiones o faltas penales, en infracciones administrativas, como en el caso de Alemania y Portugal, la interposición del recurso ante el órgano jurisdiccional da lugar a la suspensión automática de los efectos del acto sancionatorio, salvo en el caso de Italia, en que la oposición ante el Pretor o el Juez carece de efectos suspensivos.

3.6.2. **Las tesis en pro y en contra de la suspensión automática de los efectos de los actos sancionatorios**. Lo primero que debemos advertir es que en casi todos los ordenamientos existe una ley general que regula el procedimiento administrativo, la cual contiene disposiciones que admiten su derogatoria general o parcial por leyes especiales sectoriales; de allí que pueda ocurrir que se consagre, como parece ser la tendencia predominante, la validez de la autotutela frente a todo tipo de acto administrativo, pero al mismo tiempo sobre la base de la autorización contenida en sus cláusulas derogatorias, determinadas leyes sectoriales establezcan, por el contrario, la suspensión automática de los efectos de los actos sancionatorios, como

consecuencia de la interposición de los correspondientes recursos: administrativos y contencioso administrativos.

Sin dudas que un panorama normativo como el descrito tiende a complicar el problema, que es precisamente el caso de España, país en el cual la ley general sobre el procedimiento administrativo (Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) en su artículo 138, prevé la suspensión de los actos sancionatorios sólo hasta que se resuelva el correspondiente recurso administrativo ordinario, si resulta procedente (agotamiento de la vía administrativa). Por tanto, si el recurso no es estimado deberá ejecutarse la sanción, aun cuando se interponga el correspondiente recurso contencioso administrativo. Sin embargo, el tenor de esa disposición general, no impide la vigencia de ciertas leyes sectoriales administrativas que mantienen la suspensión, hasta tanto se produzca la sentencia definitivamente firme del órgano jurisdiccional.

Debemos reiterar que autores como PARADA (1998) GARCÍA DE ENTERRÍA (1998) y SANTAMARÍA (1999), entre otros en España, abogan por la suspensión de la ejecución de la sanción hasta tanto sea proferida la sentencia definitivamente firme por el Tribunal competente, siendo Parada, como expresamos antes, el más incisivo de ellos, quien defiende la tesis en comento sobre la base de dos argumentos: el principio de *nulla poena sine iudicio* y el derecho de la presunción de inocencia, ambos por cierto correlacionados, porque el primero obliga a mantener "la situación previa a la sentencia de primera instancia y la misma presunción de inocencia hasta el agotamiento de todas las restantes instancias judiciales".

Para reforzar esa línea argumental alude a la diferencia de regulación que encuentra la misma situación en el ámbito penal, caso en el cual la sola interposición del recurso conduce *ipso iure* a la paralización de la ejecución de la sentencia; y por consiguiente, a la inejecución de la condena hasta tanto no sea emanada la sentencia firme; en cambio, al cuestionamiento del acto de la Administración ante un órgano también del Poder Judicial, como lo es el juez contencioso administrativo se le niega ese efecto. Por esa razón el mismo autor antes citado afirma: "Ciertamente no se comprende que se den más garantías de defensa a los que atentan contra la vida, la libertad o la integridad de las personas que a quienes lo hacen contra bienes jurídicos de menor rango, como son los que tutela la potestad sancionadora de la Administración (intereses urbanísticos, fiscales, organizativos, etc.), jugando para los primeros la presunción judicial hasta que se agota el último recurso

judicial, mientras que para los segundos se lleva a cabo la ejecución de sanciones cuando restan una o dos instancias por pronunciarse".

Debemos destacar, que pese a la innegable autoridad de los citados profesores en el campo del Derecho Público, en definitiva la jurisprudencia ha sido refractaria a su tesis. Así, el Tribunal Constitucional, en sentencia del 8 de junio de 1984, declaró que el artículo 24 de la Constitución, consagratorio de la tutela judicial efectiva, no resultaba infringido cuando la sanción administrativa se ejecutaba en forma inmediata, pese a que se hubiese interpuesto el correspondiente recurso contencioso administrativo tempestivamente, y en tal sentido asentó: "el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutoriedad pueda ser sometida a la decisión de un tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester resuelva sobre la suspensión".

Por otro lado, ya señalamos que tampoco el legislador fue receptivo a la mencionada tesis, pues al sancionar la Ley de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el año 1992, estableció que la resolución que ponga fin al procedimiento sancionatorio será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa, siendo modificado dicho texto legislativo en 1999, manteniéndose inalterado el referido esquema normativo, lo que revela también el rechazo de la aludida tesis por el Derecho positivo.

Sin embargo, cabe señalar que un efecto menor, pero efecto al fin, ha tenido la tesis de los mencionados autores sobre la jurisprudencia, visto que el Tribunal Constitucional en una sentencia dictada el año 1996, declaró que se infringía el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la sentencia era ejecutada antes de que el Tribunal contencioso se pronunciase sobre la medida cautelar de suspensión de los efectos solicitada por el recurrente. Por supuesto, que se trata de un efecto muy parcial, porque la sentencia no pondera ni el principio del *nulla poena sine iudicio*, debido a que en el caso de que sea desestimada la medida cautelar de suspensión de la ejecución, inmediatamente la Administración ejecutaría el acto sancionatorio, sin que obviamente todavía se haya producido el pronunciamiento de primera instancia, ni tampoco aprecia el argumento concerniente al derecho de presunción de inocencia, porque mucho menos condiciona la suspensión de la ejecución del acto sancionatorio, al agotamiento de todas las instancias judiciales, o en otras palabras al proferimiento de la sentencia definitivamente firme.

Con todo, veremos que la situación en España en esta materia es mucho mejor que la nuestra, puesto que la Ley únicamente permite la ejecución del acto sancionatorio que agota la vía administrativa, y la jurisprudencia en cierto sentido extiende ese plazo hasta la fecha de emanación de la sentencia sobre la medida cautelar, el cual debido a la mora judicial en casi todos los países no resulta nada despreciable. Por supuesto, que somos partidarios, salvo casos excepcionales, que deberían quedar expresamente enumerados en la Ley, de la suspensión automática de la ejecución de las sanciones administrativas, hasta tanto se produzca el fallo judicial definitivamente firme, pues de lo contrario se corre el riesgo de cometer la injusticia denunciada por Parada, cuando compara la solución que se le da en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa, con la que se da en el marco de la potestad sancionatoria penal, además de que los argumentos concernientes al *nulla poena sine iudicio* y al derecho de la presunción de inocencia nos parecen muy convincentes, al cual debe añadirse el esgrimido, aunque parcialmente, por el mencionado fallo del Tribunal Constitucional concerniente al derecho a la tutela judicial efectiva.

3.7. **El régimen de las sanciones administrativas en Venezuela**.

3.7.1. **Planteamiento metodológico**. Debemos señalar que en éste y en el siguiente capítulo, por razones didácticas, modificaremos la metodología seguida en los dos anteriores, en cuyo desarrollo realizamos el examen de los postulados generales de la materia, e inmediatamente analizamos a la luz de los mismos la situación presente en el ordenamiento jurídico venezolano. Ese enfoque metodológico, obedece a que los asuntos estudiados (antecedentes de la potestad sancionatoria de la Administración, y el principio de legalidad sancionatorio) encuentran sustentación en determinados datos históricos atinentes al Derecho positivo y a la doctrina jurisprudencial, así como a expresos dispositivos constitucionales, que inclusive ya habían sido objeto de interpretación por la extinta Corte Suprema de Justicia, y durante los años que van del 2000 al 2004 también han sido interpretados por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

De modo, pues, que la materia abordada en esos capítulos aparecía regulada, por supuesto no agotadoramente, pero sí en la Carta Constitucional, tanto en la vigente, como en la derogada, razón por la cual, siguiendo un esquema metodológico elemental se imponía su encuadramiento y análisis inmediatamente que se esbozaban los correspondientes postulados derivados de la teoría general. En cambio, con relación a la materia estudiada en

este capítulo (sanciones), como en el siguiente (procedimiento), constatamos una carencia casi total de variables traducidas en datos del ordenamiento jurídico que permitan encuadrar y analizar la situación del ordenamiento jurídico venezolano, de manera inmediata una vez delineados los postulados inferidos de la teoría general.

En efecto, en lo que concierne a las sanciones y al respectivo procedimiento no existe un texto que establezca un régimen general uniforme, configurándose por esa razón una situación anómala, por no decir casi anárquica, visto que el Parlamento en cada ley sectorial crea el sistema sancionatorio que considera conveniente, sin tener en cuenta la mayoría de las veces los postulados generales elaborados por la doctrina, siempre en el marco de la indicada concepción garantista.

Con el procedimiento la situación es aún peor, porque aproximadamente sólo el cincuenta por ciento de las leyes sectoriales que establecen sanciones contemplan procedimientos sancionatorios *ad hoc*, y el resto carece de los mismos, lo que conduce, en primer lugar, igual que ocurre con las sanciones a la vigencia de una multiplicidad de procedimientos sancionatorios, con el consiguiente perjuicio para los administrados, y en segundo lugar, a que se intente aplicar en forma supletoria el procedimiento general contemplado en la LOPA, diseñado para regular la adopción de actos administrativos que no tengan naturaleza sancionatoria, de tal manera que dicha aplicación resulta un tanto forzada, por decir lo menos, casi siempre en detrimento del derecho a la defensa de los administrados.

De allí, pues, que nos parezca más útil desde el punto de vista didáctico, realizar el examen de la situación venezolana en el caso de las sanciones y del procedimiento en la forma antes indicada, es decir, una vez estudiados en forma sistemática la totalidad de los postulados generales que constituyen su marco teórico, intentaremos encuadrar y examinar en el contexto de ese marco doctrinario, los aspectos más relevantes de las sanciones y del procedimiento, con la pretensión de elaborar planteamientos sistemáticos, y por supuesto críticos, cuando corresponda, de tal manera que ellos puedan servir de premisas orientadoras para los operadores jurídicos, si ello es posible, pero sobre todo para que sean los cauces para una discusión que perentoriamente deberá iniciarse en los ámbitos académicos, forenses y parlamentarios, con la finalidad de aprobar en forma urgente una ley que regule la potestad sancionatoria de la Administración Pública.

3.7.2. **El alcance del concepto de sanción administrativa en el ordenamiento venezolano**.

3.7.2.1. **La variable nulidad para determinar el alcance del concepto de sanción administrativa**. Conviene precisar a los fines de desarrollar todo el punto 3.7 del presente trabajo que: a) las sanciones administrativas constituyen una especie del género de las sanciones jurídicas, razón por la cual intentaremos determinar la connotación conceptual de éstas, la cual en esa perspectiva deberá ser la misma de la del género; y b) que examinaremos una muestra constituida por veintiséis leyes administrativas sectoriales, de las cuales sólo tres fueron promulgadas antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 (preconstitucionales). Esas leyes se enumeran a continuación con sus correspondientes abreviaturas: Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (LRESORTE), Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT), Ley Contra la Corrupción (LCC), Decreto con fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre (LTTT), Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Turismo (LOTU), Decreto con fuerza de Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro (LCAFA), Decreto con fuerza de Ley de la Función Pública de Estadística (LFPE), Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación (LOCTI), Decreto con fuerza de ley de Registro Público y del Notariado (LRPN), Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR), Ley Orgánica del Poder Ciudadano (LOPC), Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (LOSSS), Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU), Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH), Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP), Decreto con fuerza de Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (LOICPC), Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), Decreto con fuerza de Ley de Zonas Costeras (LZC), Código Orgánico Tributario (COT), Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (LOOT), Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU), Ley Orgánica del Poder Electoral (LOPE), Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), Decreto con fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE), Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF).

Pues bien, el examen de las leyes enumeradas pareciera revelar que el ordenamiento venezolano es receptivo de la tesis que postula el carácter restringido del concepto de sanción, debido a que en todas ellas, con excepción de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU), se

soslaya la acepción articulada en la necesidad de garantizar la efectividad de las leyes (amplia), que implica conceptuar como sanción a la figura de la anulación o nulidad de los actos ilícitos o de sus efectos. Cabe señalar que el principal indicador de carácter práctico para poder discernir si en un ordenamiento prima el concepto amplio o restringido de sanción, es la figura de la **anulación**, de tal manera que si ella está incluida en el elenco de actos sancionatorios contenido en determinado instrumento normativo, deberá concluirse en que el legislador optó –erróneamente por las razones antes expuestas– por la acepción amplia, y desde luego, si no figura, o mejor está excluida, deberá concluirse en que optó por la restringida.

Es cierto que de las veintiséis leyes examinadas sólo una contempla a la nulidad dentro del capítulo que regula las sanciones administrativas, la LPCU, que en su artículo 125 dispone que serán nulos los contratos de adhesión previstos en esa Ley, correspondiendo declarar dicha nulidad al Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y Usuario (INDECU). Y pareciera que el legislador no dudó al otorgarle carácter sancionatorio a la anulación de los contratos de adhesión en la referida norma, en virtud de que la incluyó en el capítulo II del Título VII (De los Ilícitos), denominado **"De los Ilícitos Administrativos y sus Sanciones**". En descargo de ese legislador conviene destacar que todas las sanciones restantes contenidas en el aludido texto legislativo, que por cierto son bastantes, están inscritas en el concepto restringido, debido a que tienen como finalidad infligir un mal o castigo (efecto aflictivo) a la persona que incurre en una infracción, calificada como tal por la Ley (hecho o acto ilícito), verbigracia la multa y la cancelación del registro de las asociaciones de consumidores y usuarios (arts. 118 y 124), así como el cierre temporal del establecimiento o la suspensión temporal del servicio hasta por quince días (art. 164).

3.7.2.2. **El predominio del concepto restringido de sanción administrativa**. El panorama que presenta la LPCU conduce a pensar que la conceptuación de la nulidad como sanción, obedeció a una inadvertencia del legislador, pues perfectamente pudo incluir dicha figura en otra parte de la Ley, sin llegar a otorgarle el carácter de sanción, como lo hizo, y hubiera logrado los mismos efectos, sin contrariar la doctrina predominante, tanto en el Derecho venezolano como en el Derecho comparado, que se decanta por el concepto restringido de sanción, y por ende, de sanción administrativa, y lo que es más importante, sin someter la declaratoria de la nulidad del contrato de adhesión al régimen garantístico propio de los actos sancionatorios.

El calificativo de inadvertencia no sólo resulta del examen del resto de las sanciones de la propia LPCU, sino de la tendencia que revela el examen de las restantes veinticinco leyes, en las cuales no sólo no aparece mencionada la nulidad, sino que en algunas de ellas se contempla la nulidad, como la figura destinada a extinguir los efectos del acto ilícito, pero diferenciada de las sanciones establecidas en esos textos legislativos. Así, por ejemplo, la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (LOOT), en su artículo 56 establece "serán **nulas sin ningún efecto**, las autorizaciones otorgadas en contravención a los planes de ordenación del territorio". Dicho precepto está integrado en el capítulo relativo a las Autorizaciones Administrativas, y no en el Título de la ley denominado "De las Infracciones y Sanciones Administrativas", en el cual aparecen establecidas, como es lógico, las sanciones.

También esa es la acepción (no sancionatoria) que recibe la nulidad de las Asambleas de asociados y de sus decisiones, así como las decisiones sobre fusión, disolución o liquidación de las cajas de ahorro y fondos de ahorro, cuando se celebren o se dicten contrariando expresas disposiciones legales, en los artículos 16 y 142 del Decreto Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro (LCAFA). De modo, pues, que en nuestro criterio, la sola inadvertencia del legislador en el artículo 125 LPCU, no permite sostener una tesis que propugne la prevalencia en el ordenamiento jurídico venezolano del concepto amplio de sanción administrativa, pues por el contrario, el examen de las restantes veinticinco leyes que forman parte de la muestra, evidencia claramente que prevalece el criterio restringido, razón por la cual los órganos jurisdiccionales, cuando les corresponda pronunciarse sobre el artículo 125 de la LPCU, deberán ponderar tanto el señalado marco teórico, como el aludido panorama normativo.

3.7.3. **La clasificación de las sanciones administrativas**. Por supuesto que la ausencia de una ley que delinee el régimen de la potestad sancionatoria de la Administración Pública en Venezuela obstaculiza la formulación de un planteamiento sistemático sobre las distintas categorías de sanciones administrativas; por lo tanto, se impone el análisis de las distintas regulaciones contenidas en las leyes administrativas sectoriales, con la finalidad de tratar de inferir una propuesta de clasificación, o por lo menos en nuestro caso, determinar si el universo de las sanciones contenidas en las leyes constitutivas de la muestra, encuadra en la clasificación que propusimos en la primera parte de este capítulo, o sea, la estructurada sobre las categorías de las sanciones pecuniarias, interdictivas y disciplinarias.

Al respecto estimamos que es posible ubicar a las sanciones administrativas contempladas en las leyes que constituyen la muestra seleccionada, con los debidos matices en esas tres categorías. En efecto, dentro de las sanciones pecuniarias destaca como modalidad única en Venezuela **la multa**; dentro de las interdictivas la inhabilitación para ejercer cargos públicos, la suspensión temporal de permisos y licencias, el cierre temporal o definitivo de establecimientos, la suspensión temporal del servicio, la inhabilitación para solicitar autorizaciones para prestar determinados servicios públicos, entre otras, y dentro de las disciplinarias, la amonestación verbal, la amonestación escrita, la amonestación pública, la suspensión temporal en el ejercicio del cargo y la destitución, entre otras. Atención aparte merecen la revocatoria de las autorizaciones y concesiones, y la indemnización de daños y perjuicios, que aparecen conceptuadas en muchas de las leyes que forman parte de la muestra como sanciones, las cuales al parecer, podrían formar parte de la categoría de las interdictivas.

3.7.3.1. **Las sanciones pecuniarias**.

3.7.3.1.1. **Criterios para fijar la cuantía de la multa**. Como ya afirmamos precedentemente, la única sanción pecuniaria contemplada en las leyes administrativas venezolanas es la multa, y además es la prototípica de esta categoría, al punto que figura en cada una de las veinticinco leyes que forman parte de la muestra, con un carácter relevante. Por esa razón se impone intentar inferir algunos lineamientos generales que contribuyan a delinear su régimen de establecimiento legislativo y de aplicación administrativa. Y en ese sentido observamos que en lo tocante a su **cuantía,** que es uno de sus elementos fundamentales, el legislador suele acudir a dos criterios, a saber: a) uno de carácter absoluto, cuya aplicación se traduce en la fijación de una cantidad máxima y una mínima, o sencillamente una fija, siempre en bolívares.

Cabe advertir, que este criterio tiende a ser superado, o mejor ha sido superado, debido al proceso acelerado de inflación a que ha estado sometida la economía venezolana en los últimos años. Por esa razón en ninguna de las leyes revisadas aparece recogido dicho criterio; no obstante, leyes preconstitucionales aún vigentes, como la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, en su artículo 52, contempla una multa por un monto fijo de tres millones de bolívares.

b) Otro de carácter relativo, cuya aplicación se traduce en la fijación de la cuantía de la multa, jugando con ciertas variables que permiten mantener en el transcurso del tiempo el carácter verdaderamente aflictivo de la sanción, impidiendo de esa manera que se convierta en "rentable", debido a los efectos de la inflación. Entre ellas destaca la variable concerniente a las unidades tributarias, que es la más utilizada, en virtud de que últimamente su monto es actualizado anualmente, produciéndose de esa manera una especie de indexación monetaria, que neutraliza los efectos de la inflación sobre el monto de la multa, e impide su "rentabilidad". Generalmente se sigue el método de fijar una cuantía con un límite mínimo y un límite máximo, permitiendo así que la Administración en su imposición aplique el principio de proporcionalidad. En casi todas las leyes examinadas se utiliza la variable unidad tributaria para fijar la cuantía de las multas.

También suele acudirse en determinadas situaciones a la utilización de la variable porcentual para la fijación de la cuantía, tal como ocurre en la LOOU, cuyo artículo 110 establece el monto de la multa entre un veinte y un sesenta por ciento del daño causado por el infractor; en el artículo 60 de la LOCTI, que fija en el cincuenta por ciento de la cantidad no invertida por la empresa, el monto de la multa, y el artículo 28, numerales 3 y 4 de la LRESORTE, que fijan un monto que va desde el cero coma cinco por ciento hasta el dos por ciento de los ingresos brutos causado en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior. De lo expuesto se colige que el legislador sólo puede utilizar esta variable en la determinación de la cuantía de la multa únicamente en particulares supuestos de hechos, en los cuales es posible referir el porcentaje a determinada situación cuantificable, originada en la infracción cometida por el sancionado; de allí que no resulte frecuente encontrar esta variable reflejada en normas destinadas a establecer sanciones pecuniarias.

Cabe finalmente señalar, que durante cierto tiempo se utilizó la variable salario mínimo urbano para mantener actualizada la cuantía de la multa, pero actualmente se encuentra prácticamente en desuso, porque el establecimiento de este tipo de salario está sometido a muchas contingencias, razón por la cual fue sustituido por las unidades tributarias, lo que desde luego no obsta para que en algunas leyes preconstitucionales todavía vigentes, la cuantía de la multa aparezca fijada atendiendo a la mencionada variable. En fin, el examen de las leyes de la muestra evidencia que la variable unidad tributaria es utilizada actualmente en forma predominante en las leyes administrativas, para fijar el monto de las sanciones pecuniarias de multa, y

eventualmente, dependiendo de la naturaleza particular del supuesto regulado, se acude a la variable porcentual.

3.7.3.1.2. **La interdicción de la confiscación en la fijación de la cuantía de la multa (arts. 116 y 317 constitucionales)**.

3.7.3.1.2.1. **Las bases constitucionales de la prohibición**. Es necesario reconocer que en el establecimiento de la cuantía de la multa, con los fines de mantener su carácter aflictivo se requiere que la ley refleje un equilibrio sustentado en la debida proporcionalidad entre la naturaleza y la gravedad de la infracción, y el grado de aflictividad de la sanción, que en el caso de la multa, depende de su cuantía. Además ese equilibrio implica evitar sanciones "rentables", tanto originarias como sobrevenidas; pero he allí que en el intento de lograr esa finalidad mediante los criterios y variables antes señalados, el legislador puede llegar a infringir el límite constitucional de la no confiscación de bienes, contemplado expresamente en el artículo 116 de la Constitución, con las expresas excepciones enumeradas en ese dispositivo, y en el artículo 317 *ejusdem*, en la hipótesis de la creación de tributos.

El citado artículo 116, que por cierto sigue en la topografía constitucional al que consagra el derecho de propiedad, prohíbe categóricamente la confiscación de bienes, convirtiendo esa interdicción en una verdadera garantía del mencionado derecho, ciertamente no absoluta, pues dicho esquema normativo estatuye que por vía excepcional pueden decretarse confiscaciones, pero al mismo tiempo traza una especie de reserva constitucional, en el sentido de que esas excepciones deben estar previstas en la propia Constitución, las cuales por cierto aparecen taxativamente enumeradas en el citado esquema constitucional, y están referidas a los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, a los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente, y a los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras, o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes.

Es muy importante añadir que el dispositivo constitucional además impone como condición de validez de esas confiscaciones excepcionales, que las mismas procedan mediante sentencia firme dictada por los órganos jurisdiccionales competentes; por consiguiente; todo acto confiscatorio emanado de cualquier otro órgano del Poder Público, deberá reputarse nulo por infringir el artículo 116 constitucional.

Por otro lado, también se deriva la prohibición bajo examen del artículo 316 *ejusdem*, el cual, en nuestro criterio, no hace más que particularizar la prohibición general contenida en el artículo 116, por lo demás presente en casi todas las Cartas Constitucionales, con la finalidad precisa y específica de establecer un límite infranqueable a la potestad tributaria del Estado, pues pese a que desde los mismos orígenes del parlamentarismo inglés, la materia tributaria es de reserva legal, es muy probable que si no existiera la prohibición de crear tributos con efectos confiscatorios, nada obstaría constitucional y legalmente para que el Parlamento eventual o sistemáticamente le imprimiera ese carácter a uno o a varios tributos. Desde luego, que franquear esa prohibición da lugar a la aprobación de una ley incompatible con la Constitución.

Demostrada como está la intención de la Constitución de establecer una prohibición general y una particular de confiscación, como garantía del derecho de propiedad, resulta lógico pensar que dicha prohibición se extiende a cualquier potestad del Estado, bien que en ejercicio de la misma actúe como legislador, bien que actúe como administrador. En esa línea argumental debe inferirse que cuando la Asamblea Nacional establece una multa cuyo pago implique directa o indirectamente, el sacrificio de bienes del sancionado en una proporción que comporte la pérdida de todos ellos o de una parte significativa de los mismos, en el caso de las personas naturales, o que en el caso de las personas jurídicas torne inviable el giro de la empresa, debido al monto del pasivo derivado de dicho pago, deberá reputarse que la respectiva norma habrá infringido el límite constitucional de la no confiscación.

También la Administración puede incurrir en la violación del indicado límite en la hipótesis en que la disposición legal establezca un extremo mínimo y uno máximo en el monto de la multa, y en lugar de actuar de conformidad con los citados preceptos constitucionales, decida fijar la cuantía de la sanción, atendiendo exclusivamente al extremo máximo, cuando sea éste precisamente el que revele el efecto confiscatorio de la multa.

No tenemos ninguna duda acerca de la validez de la tesis de la prohibición de la confiscación no sólo en el establecimiento e imposición de la multa, sino de cualquier tipo de sanción administrativa, que hemos inferido de los artículos 116 y 317 de la Constitución. Más aún, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, invocando exclusivamente el último de los artículos mencionados asumió una postura similar. En efecto, en sentencia del 6 de marzo de 2001 al resolver la acción de inconstitucionalidad intentada

contra la Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo, declaró:

"Por su parte el artículo 317 constitucional consagra la no confiscación como postulado expreso que todo legislador tributario debe atender, es decir, todo órgano titular de la potestad de legislar en materia tributaria se encuentra en el deber de respetar, en sus actos normativos, ese principio de no confiscación contemplado en la Carta Magna. Resulta casi innecesario advertir, que aun cuando el comentado artículo 317 señale que "*ningún tributo tendrá efectos confiscatorios"*, tal desiderátum **se hace extensivo a las sanciones** o mecanismos coercitivos empleados por el legislador a los efectos de obtener, por parte de los sujetos pasivos o deudores tributarios, el exacto cumplimiento de su obligación fiscal, de lo contrario, se perdería la armonía existente con el resto de la normativa constitucional".

Reconocemos que se trata de una declaración indirecta desde el punto de vista formal, en virtud de que la cuestión examinada era precisamente un instrumento normativo tributario, pero desde el punto de vista sustantivo nos parece categórica, pues en ella la Sala se cuida de afirmar que el principio debe ser extendido a las sanciones en general, y desde luego, a las administrativas. En esa perspectiva hermenéutica que en la hipótesis del análisis de un esquema normativo que contenga una sanción con visos de efectos confiscatorios, debe reforzarse con la prohibición general contenida en el artículo 116 de la Constitución, se impone la extensión de la interdicción de la confiscación como una regla inviolable en el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, tanto en lo que concierne a su establecimiento normativo, como a la aplicación de las sanciones establecidas por el Parlamento.

3.7.3.1.2.2. **La necesidad de contextualizar la prohibición**. Sin embargo, para apreciar la correcta dimensión de esa regla, es necesario contextualizar la prohibición contenida en los citados preceptos constitucionales, pues tal como lo sostuvo la Sala Constitucional en sentencia del 6 de mayo de 2004, la confiscación es la figura mediante la cual "el Estado, sin fundamento jurídico alguno, desconoce o priva a una persona del derecho a disponer de un bien de su propiedad o se afecta de tal modo dicho bien, que se le impide por ejemplo, dedicarse con el goce y disfrute del mismo a la actividad económica de su preferencia". Por supuesto, que se trata de una definición ortodoxa que se traduce en definitiva en la pérdida de la propiedad de un bien, debido a un acto del Estado, lo que no ocurre directa e inmediatamente

cuando a una persona natural o jurídica se le impone una multa con efectos confiscatorios prevista en una norma legal, dando lugar a la creación de una obligación con tales características, cuyo pago impide, por ejemplo, que la empresa pueda seguir funcionando, o que el particular deba sacrificar una porción significativa de sus bienes para cancelar dicha multa.

En otras palabras, el efecto confiscatorio de la multa, ciertamente puede observarse a priori de la sola lectura del dispositivo que contiene la sanción, pero ello ocurre excepcionalmente, ya que normalmente resulta necesario contextualizar el principio de no confiscación, para poder determinar si se ha producido su violación, bien en el propio texto de la norma que contiene la multa, o en el acto de imposición de la misma. En esa contextualización juega un papel relevante por parte del legislador o del administrador la ponderación de la situación económica del sancionado, y la valoración de la actividad económica como tal, regulada en la ley que contiene el dispositivo sancionatorio. Así, por ejemplo, no puede ser igual establecer una multa de 20.000 unidades tributarias en al ámbito de la actividad agropecuaria, que en el ámbito de la actividad de las telecomunicaciones, ni tampoco puede ser igual imponer una multa del mismo monto a una pequeña empresa agropecuaria que a una planta televisora.

Con los ejemplos anteriores queremos enfatizar, que la regla atinente a la prohibición de multas confiscatorias, bien en su establecimiento por el Parlamento, o en su imposición por la Administración, está sujeta a la indicada contextualización en el marco básicamente de la aludida variable económica, razón por la cual resultará erróneo intentar hacerla valer a priori, infiriéndola únicamente del texto de la norma, salvo en casos excepcionales, como por ejemplo, si se establece una multa de 500.000 unidades tributarias, pues es dable pensar que la mayoría de las empresas venezolanas tienen un capital social inferior a ese monto, e igualmente que su cancelación tornará inviable su funcionamiento, de tal manera que en esa hipótesis puede presumirse el carácter confiscatorio de la sanción establecida en el precepto legal.

3.7.3.1.2.3. **La prohibición de la confiscación en las leyes que integran la muestra**. Pues bien, atendiendo a los lineamientos generales expuestos en los párrafos anteriores, acerca de la regla atinente a la prohibición del establecimiento e imposición de multas con efectos confiscatorios, consideramos que el análisis de las leyes que conforman la muestra objeto de nuestro estudio, revela que algunas de ellas contienen normas con cuantías totalmente desproporcionadas que podrían formar parte de las indicadas

excepciones, en vista de que se aproximan bastante a la violación de dicha regla, y por ende, infringirían los artículos 116 y 317 de la Constitución. Ejemplos de ellas son: el artículo 66 del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH), que establece una multa comprendida entre cincuenta (50) y cincuenta mil (50.000) unidades tributarias, o la suspensión de las actividades por seis meses, o **ambas a la vez**, cuando resulte infringida dicha Ley, su Reglamento y "demás disposiciones que se dicten para su debido cumplimiento"; y el artículo 166 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT), que establece una multa de hasta cincuenta mil (50.000) unidades Tributarias, "según lo que establezca el Reglamento".

Conviene destacar, en primer lugar, que la unidad tributaria está sujeta a una actualización casi anual, en segundo lugar, que en el año 2004 el valor de la unidad tributaria es de veinticuatro mil setecientos bolívares (Bs. 24.700), y que nada indica que no sea susceptible de ser aumentada nuevamente en el año 2005; y en tercer lugar, que actualmente, conforme a los citados dispositivos, independientemente de las irregularidades que afectan la tipificación de la infracción, en ambos casos, el monto de la multa puede llegar a ser de MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 1.235.000.000), e inclusive la LOH, contempla que a esa multa se añada la suspensión de actividades por seis meses.

Por supuesto, que de todas maneras debe contextualizarse el principio que prohíbe la confiscación al momento de la aplicación de la norma; no obstante, su sola lectura permite presumir a priori, tanto en el sector de las telecomunicaciones como de los hidrocarburos, que ese monto es superior al capital social de la gran mayoría de las emisoras de radio que funcionan en Venezuela, y de muchas televisoras, sobre todo regionales, y de muchas de las empresas que tienen como objeto la explotación de los hidrocarburos en cualquiera de sus fases; y que por consiguiente, en ese contexto económico la sanción pecuniaria establecida en los señalados preceptos de la LOT y la LOH, tendría un carácter confiscatorio.

Reiteramos que en el caso de los ejemplos de esos dispositivos es posible predicar a priori el carácter confiscatorio de la multa establecida en ellos, y hasta resultaría apropiado impugnarlos por inconstitucionalidad, pero insistimos en que la valoración a priori de la eventual infracción del principio de no confiscación, debe ser una excepción, pues, como ya afirmamos, se impone la indicada contextualización, porque una multa de diez mil unidades tributarias, puede llegar a tener efectos confiscatorios en el

sector de la pequeña industria, cuyas empresas integrantes tienen capitales sociales casi siempre inferiores a trescientos millones de bolívares, de tal manera que la imposición a cualquiera de esas sociedades tornaría inviable su funcionamiento, y por ende, se configuraría en ese caso un claro efecto confiscatorio de la multa.

En fin, la determinación de la violación o no de la regla sobre la prohibición de la confiscación en materia de sanciones pecuniarias, debe realizarse generalmente a partir de la confrontación de la norma contentiva de la sanción con la situación económica derivada de la naturaleza de la actividad que es objeto de tutela a través de la potestad sancionatoria, así como de la condición económica que en términos normales debería presentar la persona natural o jurídica objeto de la sanción.

Vale la pena destacar que frente a la invocación del carácter confiscatorio de una multa, no vale que la Administración argumente que en la cuantía está incluido el valor de la reparación o indemnización de los daños y perjuicios causados por el infractor, en razón de que tal como quedó demostrado en la primera parte del trabajo, debe diferenciarse el efecto represivo de la sanción (multa), de los daños y perjuicios que pudo haber causado el infractor con su acción u omisión a la Administración, los cuales conforme a las reglas de cada Derecho positivo pueden obtenerse de la declaración de la responsabilidad civil, que excepcionalmente puede ser proferida por la propia Administración al concluir el procedimiento sancionatorio, y normalmente por el juez ordinario en el correspondiente juicio. Luego, ese argumento debería ser desestimado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, si se trata de una acción de nulidad de la norma contentiva de la sanción, o por el juez contencioso administrativo, a los fines de ejercer el control difuso sobre dicha norma.

Por último, estimamos que la prohibición constitucional de la confiscación rige en materia sancionatoria administrativa en Venezuela, y concretamente en la categoría de las pecuniarias (multa), tal como se desprende de los artículos 116 y 317 de la Constitución. Además el análisis de las leyes que integran la muestra examinada, revela apriorísticamente que la mayoría de ellas respetan dicha prohibición, pero desde luego que este dato tiene un carácter relativo, porque pese a ello, el proceso de contextualización del principio que prohíbe la confiscación, que como ya expresamos, debe estar presente en todo pronunciamiento conclusivo acerca de los efectos confiscatorios o no de la sanción de multa, puede demostrar lo contrario.

3.7.3.1.3. **La multa coercitiva**. Cabe precisar que en Venezuela encuentra aplicación la denominada multa coercitiva, la cual como ya explicamos en la primera parte de este capítulo, es sustancialmente distinta a la multa-sanción. Efectivamente, aparece contemplada en el artículo 80, numeral 2, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y dicha formulación normativa resulta ajustada al marco teórico que le sirve de base de sustentación, en virtud de que es concebida como un medio de ejecución de los actos administrativos, debido a que el aludido esquema normativo forma parte del Capítulo V, del Título III (Del Procedimiento Administrativo), denominado "De la ejecución de los actos administrativos", y reza: "La ejecución forzosa de los actos por la administración se llevará a cabo conforme a las normas siguientes: 1. *Omissis*. 2. Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que se le hubieren aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado".

Una norma similar está contenida en el artículo 51 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, pero referida a todo tipo de proveimiento contentivo de órdenes, y no solamente a los actos de ejecución personal, dictada por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. El dispositivo faculta al órgano administrativo para que aumente el monto de las multas sucesivas en un cincuenta por ciento, partiendo de un millón de bolívares hasta que venza la resistencia del obligado. También el artículo 265 de la LOSPP, trae un ejemplo de este tipo de multa, al pautar que el desacato a las sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia –hoy Tribunal Supremo de Justicia– y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo –hoy también de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo– será sancionado con multas equivalentes a diez unidades tributarias por cada día de desacato, suma que se duplicará cada día que transcurran diez días de desacato.

No debe confundirse la multa coercitiva con cierta técnica utilizada por el legislador con la finalidad de aumentar la sanción de multa, sobre la base de alguna circunstancia agravante, como ocurre en el artículo 25 de la LOT, que prescribe que en caso de reincidencia en las violaciones, se impondrán multas sucesivas al reincidente aumentadas en un veinticinco por ciento hasta el tope máximo para el respectivo tipo. Las diferencias son claras, las multas de la LOT, pese a que son sucesivas, como las coercitivas,

tienen finalidad aflictiva, por tanto son indudablemente de naturaleza sancionatoria, y además, por esa misma razón tienen un tope constituido por el límite máximo de la multa prevista para la infracción, que vuelve a cometer el sancionado (reincidente), y por supuesto, la coercitiva tiene como finalidad vencer la resistencia del obligado, y tiene un tope cualitativo, constituido por el referido vencimiento de la resistencia, y no cuantitativo.

Queda claro entonces que el ordenamiento venezolano al regular la multa coercitiva en forma general, recoge la diferencia de ésta con la multa sancionatoria, y en el contexto de ese marco normativo y doctrinario pensamos que resulta improcedente intentar obligar al sancionado con una multa, a pagarla con sucesivas multas coercitivas, en primer lugar, porque carece de sentido en el supuesto de que el obligado no posea bienes para pagar, pues se trataría de una acumulación injustificada de unas deudas no causadas, lo que por otra parte, configuraría un tratamiento desigual, salvo que existiese una expresa previsión legal en ese sentido, que sería de dudosa constitucionalidad, frente a los deudores por cualquier título, a quienes sólo les corresponde pagar, además del monto de la obligación, intereses moratorios, y eventualmente lo que resulte de la actualización monetaria, mas no obligaciones en series con montos acumulativos teóricamente indefinidos, como ocurriría en el caso de que se intentase lograr el pago de la sanción pecuniaria recurriendo a las multas coercitivas. Y si efectivamente posee bienes, el ordenamiento prevé la vía expedita para el cobro de la multa.

En segundo lugar, la ratio de la norma contenida en el artículo 80, num. 2, de la LOPA, así como la postura predominante en el Derecho comparado, conducen a concluir que las multas coercitivas no pueden ser utilizadas para lograr el pago de la sanción pecuniaria de multa, porque al tratarse de este tipo de obligación personal, la única forma de lograr su cumplimiento, si el sancionado posee recursos, es a través de la vía expedita prevista en el Código de Procedimiento Civil, al que por cierto remiten varias leyes, como veremos más adelante. En cambio, desde el punto de vista teórico, es posible predicar la validez de la utilización de la multa coercitiva para obligar a cumplir otro tipo de sanciones administrativas. Sin embargo, no dejamos de observar que resulta difícil imaginarse un caso real, porque el cumplimiento de casi todas las sanciones interdictivas depende de la propia Administración, verbigracia, la inhabilitación para solicitar autorizaciones en el marco de la LOT, ya que corresponde al órgano administrativo competente hacer efectiva dicha inhabilitación, e inclusive para lograr ese cumplimiento, en caso de demoliciones, paralizaciones de obras, suspensiones de servicio, cuenta con el auxilio de la fuerza pública.

3.7.3.2. **Las sanciones interdictivas**.

3.7.3.2.1. **Las distintas modalidades de sanciones interdictivas**. Conviene recordar, en primer lugar, que estas sanciones se caracterizan básicamente porque el efecto aflictivo incide sobre la actividad desplegada por el infractor, y no sobre la persona de éste, como en el caso de las pecuniarias, y que en virtud de la amplitud del ámbito material de incidencia de sus efectos, ellas constituyen la categoría más numerosa de las sanciones administrativas, y admiten diversas modalidades, en las cuales algunos ordenamientos incluyen también a las denominadas reparatorias o indemnizatorias. Quizás esa sea la razón de que el ordenamiento jurídico venezolano resulte verdaderamente prolífico al establecer sanciones interdictivas. A continuación pasamos a enumerar las más importantes modalidades presentes en las leyes que constituyen la muestra.

3.7.3.2.1.1. **Inhabilitaciones para el ejercicio de la función pública en general, o determinado cargo público**. Éstas generalmente tienen carácter temporal, pero excepcionalmente pueden revestir carácter definitivo, entre las que tienen carácter temporal figuran: a) la inhabilitación para el ejercicio de cualquier cargo público hasta por el lapso de doce meses (art. 39, num. 1, 2, y 3 de la LCC); b) la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un lapso de quince años (art. 105 LOCGRSNCF). Entre las que tienen carácter definitivo, figura la inhabilitación vitalicia para ejercer los cargos de Superintendente de Seguridad Social, Tesorero y miembro del Directorio de la Tesorería de Seguridad Social, Presidente y miembro del Directorio del Instituto Nacional de Pensiones y otras Asignaciones Económicas, y Presidente y miembro del Directorio del Instituto Nacional de Empleo (art. 30, num. 3, 41, num. 3, 75, num. 3 y 88, num. 3, de LOSSS). Sin dudas que esta sanción vitalicia, establecida de manera implícita, puede resultar incompatible con el artículo 44, numeral 3, constitucional, que proscribe las penas o sanciones perpetuas.

3.7.3.2.1.2. **Inhabilitación temporal para ejercer actividades en el ámbito privado**. En esta categoría destacan: a) la inhabilitación de las personas naturales o jurídicas por un lapso de cinco años para obtener habilitaciones administrativas o concesiones en el marco de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (art. 172, encabezamiento LOT); b) la inhabilitación especial de las personas naturales por un lapso de cinco años, para participar en el capital, ser administradores o directivos de empresas de telecomunicaciones (art. 172, segundo aparte, LOT); c) la inhabilitación de los socios o

propietarios de una empresa de servicios turísticos por un lapso de cuatro años para inscribir una nueva empresa en el Registro Turístico, ni conformar el capital social de una ya constituida (art. 92. LOTU); d) la inhabilitación para obtener recursos de FONACIT por un lapso de dos a cinco años (art. 56 LOCTI); e) la inhabilitación parcial hasta por dos años para obtener concesiones y autorizaciones (art. 33, num. 3, LZC); y f) la inhabilitación por un período de dos años para obtener autorizaciones (art. 72, num. 1, LOOT).

3.7.3.2.1.3. **Cierre de establecimientos o cese de actividades en el ámbito del ejercicio de derechos económicos**. En esta categoría figuran: a) cesación de las actividades clandestinas mediante el uso del espectro radioeléctrico (arts. 159 y 175 LOT); b) cierre definitivo de establecimientos mediante los cuales se prestan servicios turísticos (arts. 85, literal c, y 93 LOTU); c) cierre provisional del establecimiento (art. 164 LPCU); d) cierre o corte de la señal del medio de comunicación (art. 264 LOSPP), e) clausura temporal del establecimiento (art. 94 COT); y f) suspensión hasta por setenta y dos horas continuas de la prestación del servicio (art. 29, num. 1, L RESORTE).

3.7.3.2.1.4. **La modalidad interdictiva de las reparatorias**. Conviene recordar nuestra posición en torno a las denominadas sanciones administrativas reparatorias expresada en la primera parte de este capítulo, en la cual abogamos por la necesidad de matizar la premisa relativa a la real ausencia de efectos represivos sobre el infractor de esta modalidad de sanciones administrativas, sobre todo en ámbitos materiales tan estrechamente vinculados al interés general, como el ambiente, la ecología, el urbanismo, etc., razón por la cual se imponía que cada Derecho positivo adoptara una decisión en torno a la calificación de este tipo de medidas. En todo caso, estimamos que debería distinguirse entre las sanciones reparatorias y las indemnizatorias "*strictus sensu*", que necesariamente implican desde el punto de vista formal que al terminar el procedimiento sancionatorio, como consecuencia de la declaratoria de culpabilidad del infractor, se produzca la declaratoria de la responsabilidad civil, siempre y cuando se adopte ese metodología, pues como ya hemos afirmado, lo ortodoxo es que esa responsabilidad sea declarada por los órganos jurisdiccionales.

El análisis de la muestra de las leyes examinadas evidencia que el legislador venezolano se decantó por calificar como sanciones administrativas a la modalidad de las reparatorias, ciertamente con alguna confusión con las indemnizatorias, como lo demostraremos más adelante, motivo por el cual enumeraremos en este acápite únicamente a las primeras, y mencio-

naremos a las segundas en el punto relativo al examen de la responsabilidad civil en el marco del ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración Pública.

Pues bien, del examen de las leyes que constituyen la muestra, se desprende que en ellas están contempladas las siguientes clases de sanciones reparatorias: a) recuperación del ambiente o restitución de éste a su estado original (art. 33 LZC); b) demolición a costa del sancionado, de las obras y construcciones realizadas (art. 72, num. 3, LOOT); c) efectiva reparación del daño causado (art. 72, num. 4, LOOT); d) obligación para el infractor de restituir, a su costa, las condiciones ambientales preexistentes (art. 109, parágrafo primero, LOOU). Cabe destacar que la LPCU contempla en su artículo 161 la figura de la reparación del daño ocasionada a un consumidor o usuario derivada de la infracción administrativa en que haya incurrido el proveedor de bienes o servicios, sin que pueda ser confundida con una modalidad de las sanciones bajo examen, pues ella se produce en el curso del procedimiento de conciliación o de arbitraje, y no en el del "procedimiento administrativo especial" sancionatorio, ambos contemplados en dicha ley, pero obviamente con finalidades distintas.

En efecto, en ese texto legislativo aparece regulada en forma separada, y claramente diferenciada la declaración de responsabilidad administrativa de la responsabilidad civil en que puedan incurrir los prestatarios, y esta última, en caso de que la conciliación o el arbitraje resulte infructuoso, o inclusive sin transitar dicho procedimiento, debe ser reclamada por el usuario o consumidor mediante la correspondiente acción civil, según lo dispone el artículo 138 *ejusdem*.

3.7.3.2.1.5. **La modalidad interdictiva de las indemnizatorias y la responsabilidad civil**. Recordamos que ésta es una materia bastante debatida por la doctrina, porque la admisión de una especie de sanción-indemnización civil, supone la declaratoria explícita o implícita de la responsabilidad civil por parte de la Administración, sustrayendo de esa manera una competencia tradicionalmente atribuida a los órganos jurisdiccionales. Sin embargo, también dejamos sentado que pese al carácter polémico del asunto, algunos ordenamientos han optado por vincular la declaratoria de la responsabilidad civil a la administrativa en el curso de un procedimiento sancionatorio llevado a cabo por la Administración Pública. El análisis de los instrumentos normativos constitutivos de la muestra, evidencia que el legislador venezolano transita y ha transitado la referida solución. En efecto, expresiones concretas de la misma

son las siguientes: a) indemnización de los daños irreparables por cuantía igual al valor estimado de los recursos afectados (art. 33 LZC). Esta sanción indemnizatoria aparece correctamente concebida, en virtud de que sólo podrá ser aplicada por la Administración si el infractor no cumple con la reparatoria (reparación del ambiente o la restitución de éste a su estado original), verbigracia sino resultase posible por cualquier causa reforestar un área boscosa talada ilegalmente. Y responde al marco conceptual de la indemnización, en virtud de que fija el monto de ésta en una cuantía igual al valor estimado de los recursos afectados, o sea, de los daños causados.

b) Multa adicional equivalente al doble del valor del daño causado, en caso de que no sea posible restituir a costa del infractor las condiciones ambientales preexistentes (art. 109, parágrafo segundo de la LOOU). En este dispositivo el legislador sigue parcialmente la misma técnica del contenido en el artículo 33 de la LZC, puesto que condiciona la exigencia de la indemnización a la imposibilidad de la reparación de los daños causados al ambiente o a los recursos naturales. Y es parcial, porque al configurar implícitamente la indemnización, como ya lo expresamos antes, la convierte en la sanción pecuniaria de multa y eleva su cuantía al doble del año causado.

Ahora bien, las enumeradas son las dos únicas disposiciones de todos los instrumentos normativos constitutivos de la muestra, de las cuales es posible inferir la voluntad de la ley, de vincular explícita o implícitamente a la responsabilidad administrativa declarada en el curso de un procedimiento sancionatorio instruido y decidido por la Administración Pública, la responsabilidad civil, esto es, a derivar una obligación de indemnización a cargo del sancionado administrativamente, de los daños originados por la infracción cometida.

El análisis de dichas disposiciones revela claramente la posición del ordenamiento jurídico en esta materia, pero al mismo tiempo se observa una diferencia significativa entre una y otra, porque en la Ley de Zonas Costeras, tal vez porque fue promulgada en el 2001, parecieran quedar recogidas parcialmente las enseñanzas de la doctrina y el Derecho comparado, en virtud de que, si bien se establece una relación de causalidad entre la infracción administrativa que causa el daño y su indemnización, ésta no se incluye en la modalidad de las sanciones pecuniarias, al no convertirla en una multa, como sí ocurre en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, quizás porque ésta fue promulgada en 1989, sino en un crédito, cuya causa por supuesto, es la infracción en que incurrió el sancionado administrativamente.

Por otra lado, en la LZC se deja claramente establecido que se trata de una verdadera indemnización por los daños causados, en cambio la LOOU alude al "valor del daño causado", frase que desde el punto de vista formal y sustancial en el contexto de los parágrafos primero y segundo del artículo 109 de la citada ley, puede entenderse referida a la indemnización o a la responsabilidad civil, pero tal orientación hermenéutica se complica un tanto, cuando el monto de la indemnización, en primer lugar, se incluye en una multa, y en segundo lugar, la cuantía de esa multa, a diferencia de lo estatuido en la LCZ que fija el monto de la indemnización en una cantidad igual al monto de los daños causados, es equivalente al **doble** de los daños ocasionados con la conducta infractora, situación que excede al concepto de indemnización propio de la responsabilidad civil, la cual debe estar limitada estrictamente a los daños causados por el responsable, que es precisamente lo que no ocurre en la norma bajo examen, la cual pareciera revelar la intención de obtener una especie de lucro al duplicar el doble de los daños causados por la infracción.

Como señalamos antes, cuando la Administración intente aplicar el artículo 109 de la LOOU, pueden suscitarse problemas interpretativos, en virtud de que el infractor puede alegar que del propio texto del dispositivo se desprende que la multa carece del efecto aflictivo y represivo que es connatural a este tipo de sanciones administrativas, dado que implícitamente mediante ella se pretende obtener la indemnización de un daño. Pero en el supuesto de que se desestimase ese alegato, que sin dudas aparece bien sustentado desde el punto de vista doctrinario, puede entonces recurrir a la violación del principio de la proporcionalidad de las sanciones, pues la cuantía de la multa (doble del monto del daño causado), luce, cuando se examina en abstracto, una vez soslayado el anterior argumento, desproporcionada, si se atiende exclusivamente, como debería ser, al carácter aflictivo, de este tipo de sanciones.

Y por último, aun cuando se admitiera que se trata, no de una multa, pese a la letra de ley, sino de un crédito de la Administración derivado de la obligación de indemnización del infractor, entonces el monto de la indemnización no se correspondería con el principio de equivalencia entre daño e indemnización, pues ésta incluiría una cantidad adicional igual a la del daño indemnizable; de allí, pues, los problemas que puede suscitar la aplicación de esa norma; no obstante, reconocemos que en la hipótesis de que todos los alegatos anteriores sean desestimados, la situación de la Administración para lograr la cancelación por el infractor de la indemnización se facilitaría,

pues de conformidad con el principio de la autotutela ejecutiva formalmente se trataría de cobrar una multa. En cambio, ante el silencio de la LZC en esa materia, quedaría por determinar si ese crédito tiene un carácter fiscal, y por tanto, si al igual que la multa debe ser cobrado siguiendo el procedimiento especial contemplado en el Código de Procedimiento Civil, pues podría resultar discutible el alegato, en el marco conceptual de la responsabilidad civil, relativo a su naturaleza de crédito quirografario.

En suma, consideramos que en determinadas materias como ambiente, urbanismo, ecología y ordenación del territorio, la opción seguida por el legislador venezolano de vincular a la determinación de la responsabilidad administrativa en el curso de un procedimiento sancionatorio, la responsabilidad civil, resulta una solución positiva, pero debería ser mejorada atendiendo a los siguientes criterios: a) la solución debe tener un ámbito material restringido a las materias antes mencionadas, pues de lo contrario se corre el riesgo, vista la amplísima potestad sancionatoria de la Administración Pública venezolana, y el espíritu exageradamente punitivo que revelan las leyes administrativas promulgadas últimamente, que en forma encubierta se sustraiga la competencia natural e histórica de los tribunales para declarar la responsabilidad civil, con la innegable desmejora de las garantías de los ciudadanos, frente a una Administración en el rol de juez y parte, además aprovechándose de la denominada matización del principio de legalidad sancionatorio. Por esa razón en todas las demás materias la declaración de la responsabilidad civil derivada de una infracción administrativa, debería estar atribuida expresamente a los tribunales.

b) Únicamente debería admitirse esta solución legislativa cuando la infracción cometida en cualquiera de los ámbitos materiales antes mencionados, cause un daño a la Administración Pública, pues si el perjuicio es a un privado, por ejemplo, en materia urbanística, entonces el órgano administrativo debe limitarse a la sustanciación y decisión del procedimiento sancionatorio, y en caso de que declare la culpabilidad del infractor, estará impedido para pronunciarse sobre el eventual daño que la infracción causó al particular que solicitó la iniciación del procedimiento. La solución contraria atentaría contra el principio del juez natural, pues es obvio que una controversia entre privados a los fines de dilucidar la eventual responsabilidad civil de uno de ellos, es una materia exclusiva y excluyente de los órganos jurisdiccionales. Por lo demás esa es la tesis seguida en el artículo 138 de la Ley de Protección del Consumidor y el Usuario, que establece la obligación de ejercer la acción civil para dirimir los conflictos que se susciten entre los

proveedores y los consumidores y usuarios, derivados de los daños que los primeros causen a los segundos.

c) Debería mantenerse la vinculación de la responsabilidad civil a la responsabilidad administrativa, en forma subsidiaria tal como aparece regulada en las leyes de Zonas Costeras y Orgánica de Ordenación Urbanística, es decir, únicamente procederá la exigencia de la indemnización si resulta imposible la reparación del daño, esto es la restitución de la situación ambiental a su estado original, o preexistente a la infracción.

d) Sería conveniente dilucidar el mecanismo para ejecutar la decisión que declara la obligación de indemnizar, pues podría ser atribuida a los Tribunales, mediante un procedimiento expedito, tal como ocurre en España, o podría también conferirse esa potestad en el marco de la autotutela a la propia Administración. En vista de que la ejecución de esa decisión puede comportar embargo y secuestro de bienes, somos partidarios de la primera solución, siempre con el ánimo de tutelar al máximo los derechos ciudadanos. Por supuesto, que cualquiera de las dos opciones pasaría por examinar como se inscribe cada una de ellas en el marco del ejercicio del derecho de la tutela judicial efectiva.

e) Debería soslayarse la técnica de incluir el monto de la indemnización en una sanción pecuniaria, e igualmente ese monto debería ser el que efectivamente se corresponda con la cuantía del daño causado.

3.7.3.2.1.6. **La posible modalidad interdictiva de las revocatorias de autorizaciones y concesiones**. Recordamos que la doctrina mayoritaria niega el carácter sancionatorio a la revocatoria de una autorización, o de una concesión administrativa, e inclusive a la aplicación de las cláusulas penales que suelen incluirse en los contratos administrativos, básicamente porque dichos actos no están precedidos del correspondiente hecho ilícito, que resulta uno de los elementos esenciales para poder predicar la existencia de la sanción administrativa. Sin embargo, observamos que el análisis de los instrumentos normativos constitutivos de la muestra, revela que el legislador venezolano, separándose de esa posición doctrinaria les otorga el calificativo de sanciones, tal como se evidencia de los siguientes ejemplos: a) revocatoria de la habilitación administrativa hasta por un lapso de cinco años y revocatoria de la concesión, a los prestadores de los servicios de radio y televisión (arts. 28 y 29 LRESORTE).

En este supuesto no existe ninguna duda acerca de la voluntad de la Ley de otorgarle el carácter de sanción administrativa a estos actos revocatorios, ya que utiliza el término **"Sanciones**" para denominar al artículo 28 y el encabezamiento del artículo 29 reza: "Los prestadores de servicios de radio y televisión serán **sancionados** con..."; b) Revocatoria de la habilitación administrativa, o concesión a los prestadores de servicios de telecomunicaciones (arts. 159, 171 y 172 de la LOT); c) revocatoria de la inscripción en el Registro Turístico Nacional o de los permisos, licencias, concesiones, certificaciones o autorizaciones otorgadas a los proveedores de servicios turísticos (art. 85, literal c, LOTU); d) cancelación del registro de las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 124 LPCU); y e) revocatoria o rescisión de las autorizaciones o concesiones (art. 33, num. 2, LZC).

Sin dudas que estas medidas que la ley califica de sancionatorias son muy importantes, porque su aplicación implica la cesación de actividades de carácter económico, bien cuando se revoca la autorización o rescinde la concesión, que actualmente son figuras claves en el ejercicio de la libertad económica de los ciudadanos y en la prestación de los servicios públicos. Efectivamente, la autorización o habilitación administrativa con el surgimiento del nuevo concepto de servicio público en la mayoría de los países, inclusive tendencialmente en Venezuela, debido a las importantes matizaciones que sufre, verbigracia en materia de telecomunicaciones, ha sido concebida como un instrumento para regular y perfeccionar la libre competencia.

Así mismo la concesión en el marco del concepto ortodoxo de servicio público, constituye un instrumento de naturaleza contractual mediante el cual se regulan las relaciones entre la Administración concedente y el particular concesionario, para que éste preste una actividad de servicio público, a cambio de una remuneración que generalmente obtiene de las tarifas que pagan los usuarios.

De la descripción de los actos susceptibles de revocatoria (autorización y concesión) se desprende la trascendencia, y sobre todo su enorme gravedad, cuando son conceptuadas, como ocurre en los citados textos legislativos, como sanciones administrativas, pues en definitiva ellas implican el cese definitivo de la actividad del autorizado, así como también el fin de la actividad derivada de la concesión, y por ende, el cese de la prestación del servicio público. Por esa razón consideramos que no basta con que la ley le atribuya carácter sancionatorio a esos actos, pues la naturaleza y la importancia de los derechos que resultan sacrificados con la ejecución de los mismos, impone,

visto el notorio desfase conceptual que en principio supone esa atribución o calificación, que tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial se determine la ratio y alcance de las correspondientes disposiciones legales.

Basta pensar, en ese orden de ideas, en la revocatoria de la habilitación administrativa concedida para el funcionamiento de una estación de radio o de televisión, para comprender la referida importancia, e inclusive su particular efecto sobre la libertad de información, e igualmente el efecto de la revocatoria de la autorización a un prestatario de servicios turísticos en materia de alojamiento, o de la rescisión o revocatoria de una concesión de servicio público en materia de aseo urbano, o de gestión y mantenimiento de una autopista.

Es de suponer que en todos esos casos los autorizados o concesionarios han realizado inversiones cuantiosas que prácticamente se pierden total o parcialmente, sobre todo cuando se trata de infraestructuras. Por tanto, la dilucidación del carácter de esas medidas resulta vital para la preservación de esos derechos de los autorizados y concesionarios, pues si bien pudiera admitirse que la calificación de acto sancionatorio apunta en cierto sentido hacia una mayor protección de dichos derechos, porque la imposición de la sanción (revocatoria) está sujeta a un procedimiento en el cual deben regir las garantías propias del principio de legalidad sancionatorio, pero con importantísimas matizaciones derivadas del indicado desfase conceptual originado en la inexistencia de un ilícito administrativo vinculado en una relación causal con el pretendido acto sancionatorio (revocatoria de la habilitación o de la concesión).

Sin embargo, es menester destacar que la aplicación de dicho procedimiento tiene una significativa consecuencia desventajosa representada por el efecto casi natural de ese tipo de acto revocatorio, pues al ser dictado al concluir un procedimiento de naturaleza sancionatoria, en ningún caso dará lugar a la indemnización del concesionario o del autorizado.

Efectivamente, sería absurdo que se sancionara a una persona, y a la vez se le pagara una indemnización, pero es bien sabido que debido a la naturaleza contractual de la concesión, y al carácter que presentan las autorizaciones administrativas denominadas de funcionamiento u operativas, muchas veces lo que entra en juego es el incumplimiento de condiciones que vinculan a quien autoriza y al autorizado, al concedente y al concesionario, que se inscriben básicamente en la connotación de obligaciones, muchas

veces bilaterales, o parcialmente bilaterales. Inclusive la tendencia en la doctrina es a superar el efecto automático de la reversión en materia de concesiones, no sólo cuando se vence el lapso fijado, sino cuando éstas se revocan por cualquier causa, estableciendo la obligación de indemnización al concesionario sobre la base de condiciones establecidas en el contrato. También la revocación de las autorizaciones de funcionamiento puede dar lugar a indemnizaciones.

Por lo tanto, pretender determinar el incumplimiento de esas obligaciones o requisitos en el contexto de la potestad sancionatoria de la Administración, luce realmente un exceso, por decir lo menos, y requiere una revisión exhaustiva, la cual –insistimos– debe recaer sobre los esquemas normativos que califican la revocatoria de la autorización y de la concesión como sanciones. En nuestro criterio esa revisión debe estar centrada en la determinación de la existencia en el correspondiente dispositivo legal de una conducta que pueda ser calificada sustantivamente como ilícito administrativo, pues si se llega a la convicción de que existe el ilícito en los términos indicados, entonces se cumplirá el esquema teórico ilícito-sanción, caso en el cual deberá admitirse que la revocatoria tiene carácter sancionatorio.

Sin embargo, dadas las particularidades de la autorización y de la concesión, no debe confundirse, así lo disponga el legislador, el incumplimiento de determinados requisitos contenidos en la autorización, con un ilícito administrativo, y la determinación de ese incumplimiento deberá seguir derroteros distintos a los del procedimiento sancionatorio. Esta observación cobra mayor importancia en el caso de las concesiones de servicio público, en razón de su naturaleza contractual administrativa, a diferencia de la naturaleza de las autorizaciones, motivo por el cual los requisitos y condiciones son el producto del consentimiento de ambas partes, y muchos de ellos implican la creación de obligaciones bilaterales; de allí que erigir el incumplimiento de esas obligaciones en un ilícito administrativo, carece de sustentación teórica, lo que ciertamente no obsta para que excepcionalmente algún incumplimiento, en razón de su gravedad, pueda ser tipificado como tal ilícito administrativo.

En esta línea argumental debe admitirse que en aquellos casos en que sustantivamente el incumplimiento de requisitos, obligaciones y deberes originados en el otorgamiento de la autorización de la concesión, revele la configuración de un ilícito administrativo tipificado legalmente, la revocatoria tendrá carácter sancionatorio, pero si se trata del mero incumpli-

miento de una obligación, la revocatoria carecerá del referido carácter, y como sostiene GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), la responsabilidad por ese incumplimiento se sustanciará en el seno de la propia relación contractual o jurídico administrativa, y no del poder sancionatorio, "sin otra particularidad sobre las instituciones jurídico privadas que la disponibilidad de la autotutela por la Administración".

Esta tesis luce acertada cuando se examinan, por ejemplo, las causales de la revocatoria de la habilitación administrativa o de la concesión contempladas en el artículo 171 de la LOT, causales que al erigir a la revocatoria en sanción administrativa deben ser reputadas como ilícitos administrativos, siendo que muchas de ellas no son más que verdaderos incumplimientos de los requisitos establecidos para poder otorgar la habilitación administrativa, que no es más que una autorización operativa, y de los deberes implicados en la concesión. En efecto, no otra calificación pueden recibir algunas causales enumeradas en dicho dispositivo, como las siguientes: incumplimiento de los parámetros de calidad, cobertura y eficiencia que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, incumplimiento por el destinatario de una obligación de servicio universal, de las previsiones, actividades y cargas derivadas del mismo, incumplimiento del uso efectivo de la porción del espectro radioeléctrico que le hubiese sido asignada, en los términos y condiciones establecidos al efecto.

Por el contrario, el análisis de las causales de la revocatoria de la habilitación a los prestadores de servicios enumeradas en el artículo 29, numerales 1 y 2 de la LRESORTE, evidencia que casi todas ellas, aunque formuladas acudiendo, en algunos casos, a conceptos jurídicos indeterminados, constituyen verdaderos ilícitos administrativos (difusión de mensajes que constituyan apología o incitación a la guerra, apología o incitación a la alteración del orden público, incitación al delito, discriminatorios, etc.). En cambio, resulta difícil considerar correcta la técnica de erigir en ilícito administrativo, a la causal de revocatoria de la habilitación que consiste en haber sido sancionado en dos oportunidades en el término de tres años por haber cometido infracciones distintas a las mencionadas, verbigracia las sancionadas con multa o cesión de espacios para la emisión de mensajes culturales y educativos (numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 28).

En suma, admitimos que la tesis interpretativa expuesta puede generar dudas, y suscitar discusiones, pero en todo caso lo que sí resulta indispensable es que la doctrina nacional, y desde luego los órganos jurisdiccionales,

estudien profunda y exhaustivamente la calificación que hacen las citadas leyes administrativas de la revocatoria de las autorizaciones y concesiones como actos sancionatorios.

3.7.3.2.1.7. **El comiso como sanción interdictiva**. En la primera parte de este capítulo señalamos que en materia penal constituye una regla el comiso de las armas e instrumentos con que se cometió el delito, pero también afirmamos que esa regla no podía tener una aplicación en general en el ámbito de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, y que por el contrario, debería ser aplicada con carácter de excepción, debido a que comúnmente suele establecerse como sanción accesoria a la principal, o también como sanción principal acumulable a otra de esta misma categoría, lo que provoca una lesión al principio en materia de establecimiento de sanciones administrativas, relativo a que toda infracción debe ser castigada con una sola sanción (una infracción una sanción), principio que desde luego admite derogación cuando así se desprenda de la naturaleza y gravedad de la conducta tipificada como infracción o ilícito administrativo.

Ahora bien, el análisis de las leyes que conforman la muestra evidencia que el legislador venezolano al establecer la sanción de comiso en determinadas materias (pocas), opta por acumularla como sanción principal a otra sanción principal, razón por la cual evita utilizarla como sanción accesoria. Así aparece recogido en el artículo 173 de la LOT, que prescribe que sin perjuicio de las multas que corresponda aplicarle el infractor, será sancionado con **el comiso de los equipos y materiales** usados en la instalación, operación prestación o explotación de servicios de telecomunicaciones, cuando haga uso clandestino del servicio radioeléctrico; reincida en la instalación, explotación... de servicios de telecomunicaciones sin poseer la habilitación correspondiente, desacate la decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones derivada de la revocatoria de una habilitación administrativa o concesión. En ese mismo sentido aparece regulada en el artículo 94, numeral 3, del COT que prescribe: "Las sanciones aplicables son 1. *Omissis*, 3. **Comiso y destrucción de los efectos materiales objeto del ilícito o utilizados para cometerlo**".

Es necesario advertir que el mencionado instrumento normativo establece una sanción atípica, que consiste en la conversión del comiso en multa. Efectivamente, en su artículo 97 *ejusdem*, estatuye que cuando sea imposible el comiso por no poder aprehenderse las mercancías, será reemplazado por una multa igual al valor de dichas mercancía. Más atípico

todavía resulta el contenido del aparte único de ese esquema normativo, porque alude a la potestad de la Administración Tributaria, cuando determina que existe una diferencia apreciable de valor entre "las mercancía en infracción y los efectos utilizados para cometerla, para convertir el comiso de los mismos en una multa adicional de dos a cinco veces el valor de "las mercancías en infracción".

El artículo 72 de la LOOT contempla la sanción principal de comiso, acumulada a la multa, al prescribir "Además de las multas mencionadas en el artículo anterior, a los infractores de la presente ley... se les podrá imponer las siguientes sanciones: 1. *Omissis,* 2. El comiso de los instrumentos y maquinarias con los que se cometió la infracción..."

Una vez enumerados los dispositivos normativos de las leyes que integran la muestra, que establecen el comiso como sanción administrativa, observamos que: a) la sanción de comiso es utilizada muy pocas veces en las leyes sectoriales administrativas, motivo por el cual se inscriben en la tesis que preconiza la doctrina mayoritaria acerca del carácter excepcional y particular de esta medida, que únicamente debe ser establecida cuando así lo exija la naturaleza y gravedad de la infracción tipificada; b) esas leyes se distancian de la tesis que proclama su utilización como sanción accesoria, pues en las tres que prevén el comiso, éste reviste el carácter de sanción principal; c) en los tres dispositivos examinados el comiso se acumula a otras sanciones, generalmente pecuniarias; d) las leyes respetan la connotación sancionatoria del comiso, al diferenciarla de la connotación de medida cautelar que podría ser susceptible de adoptar bajo la misma denominación o de otra similar, pero con el mismo contenido material.

Esa diferencia es patentizada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que en su artículo 183, numeral 3, define como cautelar, que inclusive puede llegar a adoptar el carácter de **provisionalísima**, al **secuestro o incautación** de los equipos empleados para cometer las infracciones tipificadas en ese texto legislativo. De modo, pues, que aunque materialmente pueden ser similares o casi iguales el comiso y la incautación, se distinguen por sus finalidades, naturaleza y supuestos de procedencia; e) únicamente el COT rompe con los postulados teóricos del comiso, que es una figura, que como es sabido, consiste en la transferencia coactiva de los bienes utilizados para cometer la infracción, o el producto de la infracción, del particular a la Administración, sin que su finalidad, aun en el marco de la potestad sancionatoria, pueda resultar afectada por el valor de esos bienes, ya que no

hay que olvidar que en el ámbito administrativo el comiso responde a los mismos lineamientos del comiso en materia penal, que no es otro que sustraerle al delincuente los instrumentos utilizados para cometer el delito, o los bienes obtenidos con dicho acto ilícito.

De allí, pues, que la conversión pragmática del comiso en multa, contemplada en el artículo 97 de la COT, debido a la incapacidad de la Administración para aprehender las mercancías u objetos del ilícito, o porque exista una diferencia entre las mercancías y los instrumentos utilizados para cometer el ilícito tributario, constituye una evidente transgresión de los principios que presiden la delicada figura del comiso, que desde luego el legislador en su "arbitrismo" puede llegar a establecer en las leyes, pero que igualmente la doctrina, y los órganos jurisdiccionales deben controlar, para evitar la desnaturalización de postulados esenciales de dicha figura, tan estrechamente vinculada a un derecho fundamental, como es el de propiedad.

3.7.3.3. **Las sanciones disciplinarias**.

3.7.3.3.1. **Clases de sanciones disciplinarias.** Esta categoría de sanciones administrativas, como afirmamos antes, también está signada por su aflictividad, con la particularidad de que el "mal" se impone a una persona vinculada al órgano o ente sancionador, que casi siempre es la Administración Pública, mediante una relación de supremacía especial. A continuación enumeramos las distintas clases contempladas en las leyes constitutivas de la muestra que responden a esa connotación conceptual, como otras que se distancian un poco de la misma:

3.7.3.3.1.1. **Sanciones correctivas o de orden**. Entre las cuales destaca la amonestación o censura, que puede ser verbal, escrita y pública. Es contemplada en los esquemas normativos de las de leyes de la muestra que a continuación se identifican: amonestación pública a los operadores de telecomunicaciones, contemplada como sanción accesoria (art. 174 LOT); b) amonestación privada o pública, según el caso, a los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia, a los contadores públicos y a los administradores de las Cajas y Fondos de Ahorro (art. 102 de LCAFA); c) amonestación escrita y censura pública (art. 47 de la LOPC); d) amonestación verbal privada, amonestación escrita privada y amonestación pública (arts. 65, 66 y 67 LOICPC); e) amonestación escrita (art. 82 LEFP); f) suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro meses (art. 105 de la LOCGRSNCF); g) suspensión

temporal de los Registradores Públicos y Notarios por lapsos que van de un mes a tres años (arts. 85, 86 y 87 (LRPN); h) suspensión del ejercicio de las funciones, sin goce de sueldo de los funcionarios del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (art. 69 LOICPC); i) retardo en el ascenso hasta por un año (art. 70 LOICPC); j) multa de cincuenta a cien unidades tributarias, impuesta a los funcionarios de la Procuraduría General de la República (arts. 99, 100, 101 102 y 103 LOPGR); k) multa y conversión de multa en arresto, arresto y multa disciplinarios (arts. 92, 93 y 94 LOPJ); l) arresto disciplinario hasta por quince días impuesto a quienes irrespeten al Poder Judicial y al Tribunal Supremo, con sanción accesoria de multa con un monto comprendido entre cien y doscientas unidades tributarias (art. 23, num. 1, LOTSJ).

3.7.3.3.1.2. **Sanciones "expulsivas"**. El examen de las leyes que constituyen la muestra evidencia que en esta categoría, cuya imposición en cualquiera de sus modalidades implica una "expulsión" del sancionado, del servicio al cual aparece vinculado por una relación de supremacía especial, figura únicamente la destitución, aunque en algunas leyes puede aparecer bajo la denominación incorrecta de remoción. En los referidos textos legislativos la destitución como sanción disciplinaria está contemplada en: a) Ley del Estatuto de la Función Pública (art. 82), en el Decreto con fuerza de Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (art. 71), en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (art. 105), y bajo la denominación incorrecta de "remoción" en el Decreto con fuerza de ley de Registro Público y del Notariado (art. 88), en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (art. 23, num. 3); y en el artículo 109 del Decreto con fuerza de Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

3.7.3.3.1.3. **Observaciones sobre las líneas seguidas para el establecimiento de las sanciones disciplinarias en el ordenamiento jurídico venezolano**.

3.7.3.3.1.3.1. **La calificación de sanciones disciplinarias sin que medie una relación de supremacía especial entre el ente u órgano sancionador y el sancionado**. El legislador venezolano asume en algunos casos una posición heterodoxa, que raya casi en el error, al establecer las sanciones disciplinarias, pues como la base de sustentación teórica de éstas radica en la presencia de una relación de supremacía especial que necesariamente debe configurarse entre el sancionado y el ente u órgano sancionador, resulta una consecuencia lógica que la sanción sea impuesta por un jerarca del órgano o

servicio al cual se encuentra vinculado el ciudadano objeto de la sanción. Eso es lo que ocurre normalmente en el ámbito de la función pública, en los correspondientes niveles competenciales de cada uno de los órganos y entes que conforman a la Administración Pública.

Sin embargo, esa regla es quebrantada en varios de los dispositivos antes citados, verbigracia, cuando la Comisión Nacional de Telecomunicaciones es facultada para imponer la amonestación a un operador de servicios de telecomunicaciones; cuando la Superintendencia de las Cajas de Ahorro impone una amonestación privada o pública, según el caso, a los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia, a los contadores públicos y a los administradores de las Cajas y Fondos de Ahorro; cuando cualquier Juez puede imponer en forma opcional multa hasta por tres unidades tributarias o arresto por ocho días a cualquier particular, o multa hasta por cuatro unidades tributarias o arresto hasta por ocho días, a los abogados que intervengan en las causas que ellos conocen, y cuando el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, o los Presidentes de sus Salas pueden imponer la sanción de arresto hasta por quince días a quienes irrespeten al Poder Judicial, al Tribunal Supremo de Justicia, o a las partes que falten el "respeto o el orden debidos" en los actos que realicen.

En todos esos casos, así como los otros mencionados en la enumeración, no existe relación de supremacía especial, pues es evidente que entre CONATEL y los operadores privados de telecomunicaciones, esa relación está ausente, igual es la situación que se configura entre la Superintendencia de las Cajas de Ahorro y los miembros de los Consejos de Administración y Vigilancia de las Cajas y Fondos de Ahorro. Mucho menos puede predicarse esa relación entre un Juez y cualquier ciudadano que acude al Tribunal a solicitar justicia, o del Presidente del Tribunal Supremo de Justicia y cualquier ciudadano que emite una opinión, considerada irrespetuosa, del Poder Judicial o del propio Tribunal Supremo de Justicia, o de las partes que acuden a su sede, también a solicitar justicia.

Sin dudas que la anterior conclusión se infiere del concepto de relación de supremacía especial, ya estudiado, de factura alemana, pero aun en el supuesto de que se pretenda extender ese tipo de relación a los servicios públicos, como ha ocurrido en España, tampoco pareciera que resulta procedente, pues en ese país está referido a los gestores de ciertos servicios públicos, como los detectives privados, los agentes de bolsa, los agentes aduanales, que no es precisamente el caso de los anteriores ejemplos. De allí,

pues, que pese a la calificación expresa de la Ley, ante la inexistencia de la relación de supremacía especial, ese tipo de sanciones carecerían de esa nota esencial que les otorga la connotación de disciplinarias, sin que por ello, desde luego, dejen de tener la cualidad de sanciones, sólo que se inscribirán dentro de las categorías de las pecuniarias (multas) o interdictivas (amonestación, suspensión, retardo en el ascenso y destitución), y en una categoría inexistente en todos los ordenamientos, como es la concerniente a las sanciones corporales o privativas de la libertad (el arresto y la conversión de multa en arresto, esta última contemplada en la LOPJ).

La observación sobre la postura heterodoxa, que insistimos raya casi en el error, aparentemente académica, puede llegar a tener una importancia práctica relevante a los fines de la preservación de los derechos ciudadanos, en virtud de que todavía está abierta a la discusión el asunto sobre las garantías reducidas de los administrados que son sometidos a un proceso disciplinario, en comparación con los que son sometidos a un procedimiento sancionatorio, por estar vinculados con el Estado por una relación de supremacía general, quienes son beneficiarios de todas las garantías formales y sustanciales inherentes al principio de legalidad sancionatorio. Demás está advertir que la situación, como lo demostramos en el capítulo II de este trabajo, todavía no ha sido resuelta ni por la doctrina ni por la jurisprudencia; de allí la importancia de dilucidar la naturaleza de estas sanciones, que bajo la denominación de disciplinarias, no aparecen sustentadas en la mencionada relación de supremacía especial.

3.7.3.3.1.3.2. **La ruptura del principio de la no traducibilidad de las sanciones económicas en valores económicos**. Observamos que algunas de las leyes de la muestra rompen con una tendencia prevaleciente en el Derecho comparado, que consiste en prohibir el establecimiento de sanciones disciplinarias que impliquen valores económicos, y ello responde a su finalidad básica que consiste en la represión de las conductas contrarias a la ética y a la disciplina que debe imperar en el funcionamiento de los servicios públicos, la cual no se compadece con la imposición de una obligación dineraria al infractor, pues para lograr esa finalidad, la mayoría de los ordenamientos contemplan las sanciones clásicas: la amonestación, verbal, escrita o pública, la suspensión en el ejercicio del cargo sin goce de sueldo, el retardo en el ascenso, y la destitución.

Esa ruptura da lugar a la "multa disciplinaria", expresión que en el contexto del antes enunciado marco teórico, resulta errónea. No obstante,

seguimos sometidos al "arbitrismo" legislativo, el cual tiende a acentuarse mucho más cuando los instrumentos legislativos son el producto de la delegación de la potestad normativa del Parlamento al Poder Ejecutivo (decretos leyes), como ocurre precisamente con el que rige a la Procuraduría General de la República, cuyos artículos 99 al 104 contemplan sendas hipótesis de "multas disciplinarias". También la "multa disciplinaria", aparece regulada como sanción accesoria, al arresto disciplinario, en el artículo 23 del Tribunal Supremo de Justicia.

Conviene subrayar que la ruptura de la indicada tendencia en materia de sanciones disciplinarias se manifiesta en sólo dos de las leyes que constituyen la muestra; por tanto, aparte de que el asunto merece el examen correspondiente, tanto por la doctrina como por los órganos jurisdiccionales, en la actualidad no es posible generalizar sobre ella, pero lo que debe evitarse es que esas dos leyes, indudablemente de relevante importancia, sirvan de modelo a los legisladores, y se imponga una corriente orientada hacia la idea de otorgarle valor económico a las sanciones disciplinarias ("multas disciplinarias"). Por supuesto, que cuando la "multa disciplinaria" está sustentada en una relación de supremacía general, lo primero que debe dilucidarse es si la sanción, pese a su calificación legal, tiene carácter disciplinario, pues de negarse dicho carácter, consecuencialmente la multa pasaría a ser una sanción administrativa meramente pecuniaria.

3.7.3.3.1.3.3. **Sanciones disciplinarias no sustentadas en la relación de supremacía especial**. Si se admite que se establezcan sanciones disciplinarias que no aparezcan sustentadas en una relación de supremacía especial, no es posible predicar de ellas el consiguiente vínculo subjetivo que se configura entre el ente u órgano sancionador y el sancionado, que como se sabe, constituye el sustrato que delimita subjetiva y temporalmente la competencia sancionatoria disciplinaria, la cual sólo puede ejercerse mientras el funcionario o el estudiante pertenezca a la organización. Así, un profesor jubilado o un estudiante a quien se le ha conferido recientemente el título, no podrán ser sancionados por la Universidad, debido a que el primero no presta sus servicios, y el segundo no cursa estudios, o sea, ninguno de los dos está vinculado subjetivamente con la institución universitaria.

Por esa razón cuando las leyes establecen sanciones disciplinarias sin que se requiera la subsistencia de la relación de supremacía especial, ignoran ese elemento crucial para el ejercicio de la potestad sancionatoria, como ocurre con las leyes antes enumeradas. Sin embargo, es necesario reconocer

que debido a la fuerza del Derecho positivo, la inexistencia del aludido vínculo subjetivo, en los casos previstos en los citados textos legislativos, resulta irrelevante a los efectos de que la Administración ejerza la potestad sancionatoria disciplinaria.

3.7.3.3.1.3.4. **La prohibición de acumular una sanción disciplinaria a otra sanción disciplinaria**. El canon doctrinario que sí se respeta en el ordenamiento jurídico venezolano es la prohibición de acumular una sanción disciplinaria a otra sanción disciplinaria, aunque en el caso heterodoxo de la potestad conferida al Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, y de los Presidentes de sus Salas para decretar el arresto hasta por quince días, ya indicamos que puede ser acumulada a éste, como sanción disciplinaria accesoria, la multa de cien a doscientas unidades tributarias, pero es el único ejemplo que pudimos detectar en el análisis de las leyes que constituyen la muestra, razón por la cual resulta posible afirmar que se respeta el referido canon doctrinario.

3.7.3.4. **Las sanciones administrativas accesorias**. Ya hemos afirmado que la técnica legislativa que conduce al establecimiento de sanciones accesorias es propia del Derecho Penal, en virtud de la finalidad perseguida con las sanciones penales, pues sobre la base de la naturaleza y gravedad del delito, el logro de esa finalidad impone que en algunas oportunidades se aplique al delincuente una sanción que comporte el castigo mayor (principal), y otra, que muchas veces es consecuencia de la anterior, o sencillamente la agrave, de allí su denominación de accesoria. Si esta técnica es válida en el ámbito penal, no luce acertado extrapolarla mecánicamente al ámbito sancionatorio administrativo. Más aún, diríamos que constituye un error hacerlo, pero ello desde luego no obsta para que en determinados y excepcionales casos, sea conveniente recurrir a la aplicación de la referida técnica al momento de legislar, sobre todo en ámbitos materiales como la ordenación del territorio, el urbanismo, la ecología, y algún servicio público, como las telecomunicaciones.

Aparentemente el legislador venezolano ha seguido las pautas anteriores, porque apenas en dos de las leyes analizadas son establecidas sanciones de esta naturaleza: la Ley Orgánica del Tribunal Supremo, que en su artículo 23 contempla la aludida "multa disciplinaria", como accesoria de la sanción de arresto, y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que en su artículo 174 contempla la sanción accesoria de amonestación pública. Es importante hacer notar que no deben confundirse las sanciones administrati-

vas accesorias con la pluralidad de sanciones principales, aun cuando una de ellas pueda parecer del texto de la ley como principal, que es lo que ocurre precisamente con el artículo 105 de la LOCGRSNCF, que establece una relación causal entre la declaración de responsabilidad administrativa y la sanción de multa, pero el mismo dispositivo inmediatamente le confiere una potestad discrecional, exclusiva y excluyente, al Contralor General de la República, para que imponga al sancionado además una cualquiera, según el caso, de las siguientes sanciones: suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro meses, destitución, o inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años.

Ejemplos similares de cúmulo de sanciones principales se encuentran en varias de la leyes que integran la muestra, entre otras en la LPCU (art. 124), en la LOSPP (art. 264), en el decreto con fuerza de Ley Orgánica de Ciencia y Tecnología (art. 56), en el Decreto con fuerza de Ley de Zonas Costeras (art. 33), en la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio (art. 72), y en la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (art. 109). Para evitar cualquier confusión no queda más que atender a la calificación de accesoria que le otorgue la propia la Ley, que es lo que ocurre en las citadas Leyes Orgánicas del Tribunal Supremo de Justicia y de Telecomunicaciones. Por consiguiente, si la ley no contiene dicha calificación explícita o implícitamente, aunque la pluralidad de sanciones conduzca a una imposición opcional o adicional, aquellas que se apliquen de esa manera deberán reputarse como principales, excluyéndose la posibilidad de calificarlas, por esa condición de aplicabilidad estatuida en la Ley, como accesorias.

Por último, cabría preguntarse si una sanción como el comiso de los materiales e instrumentos utilizados para cometer la infracción administrativa, que de las leyes examinadas, aquellas en las cuales figura es calificada de principal, siendo establecida para ser aplicada en forma acumulativa con otra de esa misma clase, sino habría sido preferible en todos esos casos (ordenación del territorio, urbanismo, costas y telecomunicaciones) calificarla de accesoria. Ante esa interrogante, si nos atenemos a la utilización que suele dársele en el Derecho Penal a este tipo de medidas, así como a su finalidad, nos parece que cuando resulte realmente procedente estatuir una sanción accesoria administrativa, el legislador debería optar por el comiso de los materiales e instrumentos usados para cometer la infracción, o de los efectos gananciosos derivados de la infracción. Por tanto, en el contexto de esa línea argumental la respuesta a la interrogante formulada, debe ser positiva.

3.7.4. **Las sanciones administrativas en Venezuela a la luz de los principios generales formulados por la doctrina**.

3.7.4.1. **Premisa introductoria**. Reiteramos que la inexistencia de una ley que establezca un régimen uniforme sobre la potestad sancionatoria de la Administración Pública, impide que normativamente, como ocurre en Italia, se consagren principios generales que sirvan de cauces obligatorios tanto al legislador al establecer las sanciones, como a la propia Administración al momento de imponerlas. Como afirmamos en la primera parte de este capítulo, ese vacío es cubierto parcialmente por el principio implícito de legalidad de las sanciones contenido en el artículo 49, num. 6, de la Constitución; no obstante, el resto de ese vacío, al no existir los señalados principios de orden legal, da lugar a que la Asamblea Nacional detente una amplia discrecionalidad para el establecimiento de las sanciones, lo que no obsta para que ese órgano se oriente por los referidos principios doctrinarios, y en algunas oportunidades también por el mero "arbitrismo", lo que no deja de generar situaciones irregulares, que las más de las veces conducen a evidentes desigualdades. En este acápite intentaremos examinar en forma sucinta, a la luz de las leyes que integran la muestra, a cuáles de esos principios se ajustan dichos textos normativos, y de cuáles se distancian.

3.7.4.2. **Principios a los cuales se ajusta la legislación sancionatoria administrativa**.

3.7.4.2.1. **Principio de legalidad de la sanción o *nulla poena sine lege***. Reiteramos que quizás debido a la falta de verdaderas discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente en la oportunidad en que fue aprobado el hoy artículo 49, numeral 6, de la Constitución, se omitió la inclusión en forma textual del principio de legalidad de las sanciones, el cual sí estaba consagrado de esa manera en el texto fundamental de 1961. Sin embargo, por las razones que ya expusimos precedentemente, resulta indudable que dicho principio aparece contenido implícitamente en ese dispositivo constitucional. Afortunadamente así lo ha entendido la Asamblea Nacional, pues todas las leyes examinadas, promulgadas después de 1999, evidencian que se ha dado estricto cumplimiento al principio de legalidad de las sanciones, pues en todas ellas el Parlamento se ha reservado el establecimiento de las sanciones; y por consiguiente, en ninguna de dichas leyes ha conferido potestad alguna para que las autoridades administrativas las establezcan.

Además, existe una prohibición categórica en ese sentido en el artículo 10 de Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que si bien es preconstitucional, resulta compatible con la Constitución de 1999. Más aún, esa prohibición aparece ratificada en una ley muy importante, post-constitucional, como lo es la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, la cual en su artículo 87, aparte único, que forma parte de su Capítulo VII, denominado "De la iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo Nacional y de su potestad reglamentaria, prescribe: "Los reglamentos no podrán regular materias de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. Además sin perjuicio de su función de desarrollo o colaboración con respecto a la ley, no podrán tipificar delitos **faltas o infracciones administrativas**, establecer **penas o sanciones**, así como tributos cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público". En suma, rige en materia sancionatoria el principio de reserva legal absoluta, de tal manera que cualquier intento de establecer sanciones administrativas por instrumentos de rango sublegal, estará viciado de nulidad. Pero insistimos en que todo apunta a que este principio consolidado, por lo demás en el constitucionalismo venezolano, seguirá siendo respetado, tanto por el Parlamento como por la Administración.

3.7.4.2.2. **El principio de taxatividad**. En realidad este principio, como sostiene la doctrina, es más bien un criterio hermenéutico que debe seguir la Administración al imponer las sanciones, de tal manera que ésta deberá aplicar únicamente aquella o aquellas que la ley asocia a la correspondiente infracción, sin que pueda crear nuevas, ni imponer las previstas en otras leyes (aplicación analógica). Por supuesto, que del examen de los instrumentos normativos que integran la muestra, no es posible determinar si los órganos administrativos cumplen dicha regla, pero lo que sí queda claro es que todas ellas delinean una relación causal, con los matices que indicaremos más adelante, entre la infracción y la correspondiente o correspondientes sanciones, razón por la cual debe concluirse que respetan el indicado principio de taxatividad.

3.7.4.2.3. **El principio de intransmisibilidad de obligaciones derivadas de las sanciones**. Es cierto que el análisis de las leyes de la muestra no permite constatar si en materia de sanciones administrativas rige este principio, porque en ninguna de ellas aparece siquiera un atisbo del mismo, pero desde luego, tampoco es posible vislumbrar atisbo alguno que conduzca a pensar en la tesis contraria, es decir, en la transmisibilidad de esas obligaciones. Sin embargo, si se parte de la premisa recogida en algunos de esos textos legislativos, sin

dudas aceptada en nuestro ordenamiento jurídico, acerca de la responsabilidad enteramente personal derivada de los ilícitos, sean penales o administrativos, entonces deberá admitirse la validez y vigencia de este principio doctrinario, sobre todo en materia de sanciones pecuniarias, de tal manera que si el sancionado muere antes de pagar la multa, no se convierta la sanción en un crédito fiscal, que deban cancelar sus herederos.

Esta solución, aunque puede ser discutible, debería valer también cuando se trate de una sanción interdictiva, como la concerniente a la restitución del ambiente a la situación originaria o preexistente a la comisión de la infracción, debido a que si se trata de una obligación personal del de cuyus, aun cuando tenga esas características, pero originada en la sanción, no debería trasladarse a sus herederos.

3.7.4.2.4. **El principio de no acumulación de sanciones administrativas.** Este principio, que según la doctrina mayoritaria debe operar en el marco de la potestad sancionatoria administrativa, de manera diferente a como opera en el Derecho Penal (concursos formales y reales de delitos), consiste en la prohibición de imponer más de una sanción cuando el particular con su conducta infringe más de una disposición legal, a cada una de las cuales corresponda una sanción, o cuando infringe en forma continuada una misma disposición legal. Pues bien, el análisis de las leyes de la muestra revela que ninguna de ellas contempla el referido principio, debido a que no prevén las situaciones antes enunciadas (pluralidad de infracciones o infracción continuada). En todo caso, pensamos que la solución implicada en dicho principio, que consiste en la imposición de la sanción de mayor gravedad de las que deberían aplicarse, aumentada en la proporción que estime conveniente el órgano legislativo, que bien puede ser el doble o el triple, en la hipótesis de las pecuniarias, o solamente un porcentaje de la sanción más grave, puede ser perfectamente adoptada por las nuevas leyes o las leyes de reforma que se promulguen en el futuro.

Cabe advertir que la referida solución es totalmente distinta a la prevista en algunas de las leyes de la muestra que contemplan el aumento de la sanción, para castigar la reincidencia del infractor, pues en ese caso de lo que se trata es de volver a sancionar a una persona que comete una infracción en un determinado período, con la sanción que corresponda aumentada en la proporción que se establezca en la Ley, que obviamente es diferente a cualquiera de los dos supuestos de infracción antes enunciados (infracciones múltiples con una misma conducta e infracciones continuadas).

De allí, pues, que pese a que no es posible encontrar la aplicación del principio bajo examen en las leyes de la muestra, insistamos en que nada obsta para que pueda ser consagrado en el futuro, pero desde luego, debemos precisar que si no está previsto expresamente, no podrá ser aplicado por la Administración, porque en ese caso incurriría en la violación de los principios de legalidad y de taxatividad.

3.7.4.2.5. **El principio de limitación de sanciones pecuniarias**. Este principio juega en favor de la seguridad jurídica, pero sobre todo constituye un límite a las eventuales violaciones al principio constitucional de no confiscación de las multas. Encuentra concreción cuando la Ley establece prudentemente un extremo mínimo y uno máximo, a los cuales deberá ajustarse el legislador al momento de establecer la sanción. Desde luego, que a los fines de mantener actualizado el efecto aflictivo de ésta, puede recurrirse a montos articulados en variables, como las unidades tributarias, que tienden a neutralizar los efectos de la inflación sobre la cuantía de la multa.

Ahora bien, el análisis de las leyes de la muestra revela claramente que las mismas se distancian de dicho principio, pues algunas, como la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, fijan la cuantía de la multa en tres y cuatro unidades tributarias, y otras en cincuenta mil unidades tributarias, como la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Ley Orgánica de Hidrocarburos, pudiendo en consecuencia, el legislador, en ausencia de topes, fijar montos superiores a la cuantía máxima contemplada en la LOT y en la LOH. Ante esa ausencia de límites sólo queda a los ciudadanos cuando las normas fijen montos desproporcionados, formalizar la correspondiente impugnación, invocando la violación del principio de proporcionalidad de las sanciones.

3.7.4.2.6. **El principio de proporcionalidad**. El examen de las leyes de la muestra revela que muchas de ellas establecen formalmente criterios que tienden a garantizar la aplicación de este principio, que se concretan la más de las veces en las denominadas circunstancias agravantes y atenuantes (arts. 168 y 169 LOT, art. 34 LRESORTE). Pensamos que la fijación de estos criterios resulta muy útil para preservar los derechos de los ciudadanos sujetos a la exorbitante potestad sancionatoria que detenta la Administración Pública, pero debemos hacer notar que tal fijación no garantiza en todos los casos la no transgresión del principio bajo examen, sobre todo cuando se trata de sanciones pecuniarias, ante la inexistencia de un tope máximo.

En efecto, en aquellos supuestos en que la sanción pecuniaria tenga fijado un límite máximo del monto, ciertamente exagerado, verbigracia cien mil unidades tributarias, y del juego de los mencionados criterios resulte que el monto de la multa que se imponga alcance esa cantidad o una similar, formalmente se podrá afirmar que cuando la Administración hace uso de esos criterios, los cuales constituyen mecanismos operacionales estatuidos para preservar el principio de proporcionalidad, no puede llegar a infringir dicho principio, pero esa afirmación en ese ejemplo carecería de validez, porque el monto de la multa impuesta en sí misma luce claramente desproporcionado en el contexto de la situación económica de casi todas las empresas venezolanas, y ni se diga en el caso de un particular.

Pero en la situación ejemplificada la violación sustantiva del principio de proporcionalidad no provendría de la Administración, sino más bien del Poder Legislativo al establecer el monto de la multa, de tal manera que formalmente la actuación del órgano administrativo luciría ajustada a la norma del legislativo, siendo ésta la que debería impugnarse por colidir con el principio bajo examen, que como hemos dicho tiene sustentación constitucional. Desde luego, que en el caso de las sanciones pecuniarias, el eventual cuestionamiento de la norma encuentra su causa en la inexistencia de disposiciones que consagren de manera general el monto máximo de las multas, en términos de unidades tributarias, que puede fijar la Asamblea Nacional.

De modo, pues, que formalmente cuando la Ley estatuye los indicados criterios operacionales para que sean utilizados en la imposición de la multa por la Administración, intenta que el sancionatorio, sea un acto ponderado, que resulte de establecer una relación entre la gravedad de la infracción y el referido acto. Por consiguiente, en ese orden de razonamiento debe admitirse que de las leyes de la muestra es posible inferir una tendencia a respetar el principio de proporcionalidad, pero distinta es la situación ante la ausencia de la fijación del aludido tope máximo al establecer las sanciones pecuniarias, porque esa circunstancia puede originar la infracción del principio al fijar una cuantía desproporcionada a la multa.

Inclusive esa desproporción –desde luego no en términos dinerarios– puede llegar a acompañar a sanciones interdictivas, como por ejemplo, cuando una norma establezca el comiso de todas las maquinarias y materiales llevados al terreno por el particular, debido a que procedió solamente a iniciar una obra sin la debida autorización. En fin, no debe olvidarse que este principio tiene fundamentación constitucional, razón por

la cual pareciera que en ese contexto bastaría que las leyes, como en efecto lo hacen, estatuyan los criterios para garantizar su cumplimiento, pues la eventual violación por parte del Poder Legislativo, al establecer sanciones desproporcionadas, encuentra remedio en el control de la constitucionalidad de las respectivas normas, bien acudiendo al método concentrado o al difuso, según el caso.

3.7.4.3. **Principios de los que se distancia la legislación sancionatoria administrativa**.

3.7.4.3.1. **El principio de correlación numérica entre infracción y sanción**. Hemos sostenido que la doctrina es proclive a postular la regla relativa que frente a una infracción debe proceder únicamente una sola sanción, regla que deja de lado las hipótesis de concursos reales y formales de infracciones, antes examinadas, las cuales encuentran las soluciones también precedentemente enunciadas. Desde luego, que la regla admite excepción atendiendo a la naturaleza y gravedad de la infracción; no obstante, a los fines de preservar la seguridad jurídica el Parlamento está obligado, realizando la correspondiente ponderación de todos los factores involucrados en la tipificación de la sanción y teniendo en cuenta en forma abstracta el principio de proporcionalidad, a intentar aparejar al hecho ilícito una sola sanción.

Insistimos en que en casi todos los casos esa solución legislativa resulta perfectamente aplicable, pero para ello se requiere, en primer lugar, determinar según la naturaleza y gravedad de la infracción, el tipo de sanción administrativa que mejor cumple el efecto aflictivo, y por ende represivo, para lo cual resulta básico tener presente las diferencias entre las sanciones pecuniarias, interdictivas y disciplinarias, sobre todo si se tiene en cuenta la acentuada tendencia a imponer sanciones de carácter pecuniario; y en segundo lugar, pasar a seleccionar dentro de las diversas modalidades de las tres categorías de sanciones mencionadas, aquella que sirva para lograr el mejor (más adecuado) efecto aflictivo ante la infracción tipificada.

Al concluir la segunda selección, el órgano legislativo una vez ponderados los correspondientes resultados, podrá eventualmente considerar que el efecto aflictivo buscado no se logra con la sanción única seleccionada, razón por la cual podrá añadir, siempre preservando el principio de proporcionalidad, una o varias sanciones principales o accesorias. En fin, a la luz de los razonamientos anteriores resulta concluyente que la acumulación de

sanciones, principales o accesorias, tiene un carácter excepcional, razón por la cual si el Parlamento decide separarse del principio de correlación numérica entre infracción y sanción (una infracción una sanción), su decisión debe estar sustentada en sólidas razones lógicas y jurídicas.

Pues bien, el examen de las leyes de la muestra revela, en términos generales, que éstas se distancian del principio bajo examen, y optan por la tesis contraria, esto es, por la acumulación de sanciones. Esta tendencia es notoria en la LRESORTE, cuyo artículo 28, acumula a la multa con una cuantía desde el uno por ciento al dos por ciento de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se cometió la infracción, la **cesión de espacios** para la difusión de mensajes culturales, y educativos; en la LOT, cuyo artículo 172 acumula a la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, la **inhabilitación** por cinco años para obtener otra habilitación o concesión, e igualmente su artículo 173 acumula a la multa, **el comiso** de los equipos y materiales empleados para cometer la infracción. En la LOTU, cuyo artículo 92 acumula a la revocatoria de la autorización de una empresa prestadora de servicio turístico, la **prohibición** a los socios o propietarios de la misma de inscribir una nueva empresa en el Registro Turístico Nacional; en la LOCTI, cuyo artículo acumula a la sanción de multa, la **inhabilitación** para obtener recursos de FONACIT por un lapso de dos a cinco años, en la LOH, cuyo artículo 66 acumula a la multa de hasta cincuenta mil unidades tributarias, **la suspensión de actividades** de las empresas de hidrocarburos hasta por seis meses; en la LOSPP, cuyo artículo 264 acumula a la multa, **el cierre o corte de señal del medio de comunicación**; en la LZC, cuyo artículo 33 acumula a la sanción de recuperación del ambiente o la restitución a su estado original, **la multa** o la suspensión, revocatoria o rescisión de las autorizaciones y concesiones.

En la LOOT, cuyo artículo 72 acumula a la multa, **la inhabilitación hasta por un período de dos años para obtener las autorizaciones previstas en esa ley, el comiso de los instrumentos y maquinarias con los que se cometió la infracción y la demolición a costa del sancionado, de las obras y construcciones realizadas**; en la LOOU, cuyo artículo 109, num. 2, acumula a la demolición de la obra, la multa por el doble del valor de la obra demolida; y en la LOCGRSNCF, cuyo artículo 105 puede acumular a la multa, la suspensión en el ejercicio del cargo, sin goce de sueldo, hasta por veinticuatro meses, o la destitución, y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por quince años.

Debemos referirnos en este punto a un tipo de sanciones contempladas en algunas leyes que hemos denominado **sanciones administrativas implícitas duplicativas**, que son aquellas que se establecen sobre la base de la imposición de una sanción administrativa previa, las cuales generalmente tienen como finalidad inhabilitar a los ciudadanos que han cumplido la referida sanción, bien por períodos muy largos, o en forma vitalicia. Así ocurre en la LOSSS, que en sus artículos 30, num. 3; 41, num. 3; 75, num. 3; y 88, num. 3, respectivamente, inhabilita en forma vitalicia a los ciudadanos a quienes cualquier órgano de control fiscal les haya impuesto una sanción, por haberles declarado responsable administrativamente, para ejercer los cargos de Superintendente de Seguridad Social, Tesorero y miembro del Directorio de la Tesorería de Seguridad Social, Presidente y miembro del Directorio del Instituto Nacional de Pensiones y otras Asignaciones Económicas y Presidente y miembro del Directorio del Instituto Nacional de Empleo.

Por supuesto que no es el caso entrar a examinar la constitucionalidad de este extraño tipo de sanciones, pero a simple vista lucen con serios visos de inconstitucionalidad, en primer lugar, porque son aplicadas de plano, en segundo lugar, porque en cierto sentido violan el principio del *non bis in ídem,* y en tercer lugar, porque en el caso de las que tienen carácter vitalicio, infringen la prohibición expresa contenida en la Constitución de establecer sanciones de esa naturaleza (art. 44, num. 3).

La enumeración anterior demuestra la tendencia de las leyes administrativas a infringir el principio de correlación numérica de la infracción y la sanción, y por el contrario, a optar por la siempre discutible técnica de la acumulación de sanciones, la cual puede afirmarse, en términos generales, resulta contraria al principio de proporcionalidad de las sanciones, y únicamente adquiere validez en supuestos excepcionales debidamente sustentados, normalmente en la naturaleza y en la gravedad de la infracción. De allí que sostengamos entonces que las leyes de la muestra se distancian bastante del principio bajo examen.

3.7.4.3.2. **El principio relativo a la interdicción de la Administración para optar entre imponer una sanción u otra**. Mediante este principio se propugna la prohibición del establecimiento de dos sanciones alternativas para castigar una infracción administrativa, y por consiguiente, se proscribe la aplicación opcional de una u otra, en virtud de que reglas elementales de seguridad jurídica vinculadas a la preservación del principio de igualdad constitucional, imponen que los órganos administrativos apliquen una o más

de una, si está prevista la acumulación, todo el tiempo, ante el mismo hecho ilícito, quedando quebrantadas esas reglas cuando se le confiere a la Administración el poder de seleccionar entre dos sanciones, la que deba aplicar discrecionalmente en cada caso.

Así por ejemplo, si una norma contempla una multa con una cuantía de cien unidades tributarias o el cierre del establecimiento mercantil durante siete días, es evidente que tal planteamiento normativo contiene en su seno el germen de la desigualdad y de la inequidad, y revela que el legislador no ponderó acertadamente ni la naturaleza, ni la gravedad de la infracción, porque no cabe ninguna duda sobre la inexistencia de similitud o equivalencia entre ambas sanciones, razón por la cual la opción de la Administración por una u otra, es en sí misma, contraria al principio constitucional de igualdad. Más aún, la desigualdad resultante tanto del establecimiento como de la aplicación opcional de sanciones administrativas, se torna grotesca cuando ante la misma infracción, por ejemplo, a un comerciante se le impone la multa, y a otro, el cierre del establecimiento por siete días.

Lamentablemente algunas de las leyes de la muestra ignoran esta prohibición, lo que por lo demás pareciera armonizar con la tendencia a utilizar la figura de la acumulación de sanciones. Así por ejemplo, resulta muy revelador, en este orden de ideas, el artículo 164 de la LPCU, que establece que el INDECU podrá optar entre imponer una multa o el **cierre provisional del establecimiento o la suspensión temporal del servicio hasta por un máximo de treinta días**. Una norma similar está contenida en el artículo 66 de la LOH, que confiere la potestad al Ministerio de Energía y Minas para optar entre imponer una multa entre cincuenta y cincuenta mil unidades tributarias, o la suspensión de actividades a las empresas hasta por seis meses, o ambas sanciones. Otra norma de ese mismo tenor está contenida en el artículo 94 de la LOPJ, pero quizás de mayor gravedad, porque la facultad que confiere a cualquier Juez para sancionar a los abogados que intervengan en juicios y cometan la infracción tipificada en dicho dispositivo, es para que escoja la sanción que debe aplicar, entre multa con una cuantía de hasta cuatro unidades tributarias, o **arresto hasta por ocho días**.

Otras leyes de la muestra prevén también esta facultad opcional, pero bajo la modalidad de conversión de sanciones, por supuesto cuando lo considere conveniente la Administración, o sea, que discrecionalmente el órgano administrativo puede convertir una sanción en otra, o sustituirla por otra, bien de la misma clase, o de distinta clase. Así está previsto en la LRESORTE, cuyo

artículo 28 faculta a la Administración para que sustituya la cesión de espacios para la difusión de mensajes culturales y educativos, no inferiores a cinco minutos, ni superiores a treinta, por **multa desde cero coma uno por ciento hasta cero como cinco por ciento de los ingresos brutos causados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquel en el cual se cometió la infracción**, y en el COT, cuyo artículo 97 faculta a la Administración Tributaria para que sustituya el comiso por una multa igual al valor de las mercancías u objetos que debían ser decomisados, y en otra hipótesis por una multa de dos a cinco veces el valor de las "mercancías en infracción".

Excede la finalidad del trabajo entrar a examinar esta particular forma de establecer sanciones, que indudablemente contraría ostensiblemente el principio bajo examen, pero la simple lectura de los dispositivos que las contienen, suscitan serias dudas sobre su constitucionalidad y legalidad, pues añadirle esta casi arbitraria facultad a la exagerada potestad de la Administración Pública venezolana, revela la intención del legislador de burlar el espíritu garantista que informa al principio de legalidad sancionatorio consagrado en el artículo 49, num. 6, constitucional, e inclusive apunta hacia la desnaturalización del denominado Estado de justicia proclamado en el texto fundamental, porque no otra cosa puede decirse cuando se deja al arbitrio de un jerarca administrativo o del titular de otro Poder Público que ejerce funciones administrativas, escoger entre una multa equivalente a cuatro unidades tributarias o un arresto por ocho días, o entre la cesión de espacios para divulgar mensajes culturales y educativos por un máximo de treinta minutos, y una multa articulada a los ingresos brutos obtenidos en el período fiscal anterior, así como en las otras situaciones iguales detectadas en la muestra de leyes examinadas.

3.7.5. **La ejecución de las sanciones administrativas**.

3.7.5.1. **Premisa introductoria**. Cabe reiterar que en Venezuela la Administración Pública está dotada del privilegio de la potestad de autotutela, cuyo ejercicio le permite tutelarse, a diferencia de lo que ocurre con los particulares, sus propios derechos e intereses, sin requerir de la mediación de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, la doctrina desde las últimas décadas del siglo XX comenzó a cuestionar dicho privilegio, sobre todo cuando el acto dictado por el órgano administrativo revestía y reviste carácter sancionatorio, el cual por definición afecta el derecho de libertad, concebido en términos amplios, y en muchos casos esa lesión incide sobre verdaderos derechos fundamentales, llegándose a configurar por el uso y abuso de ese privilegio, en un Estado de

derecho como Venezuela, una situación dilemática, advertida por García de Enterría, relativa al otorgamiento o no de primacía a una nota técnica de la Administración, como lo es la ejecutoriedad de los proveimientos administrativos, sobre los derechos fundamentales.

El problema cobra visos muy particulares cuando se trata precisamente de la ejecución de las sanciones impuestas por la Administración Pública, pues en ese caso, como ha sido precisado por la doctrina española, entran en juego el principio expresado en la frase latina *nulla poena sine iudicio*, y los derechos de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva. Atendiendo a ese marco conceptual, por lo demás desarrollado en la primera parte de este capítulo, pasamos a examinar la situación en el ordenamiento jurídico venezolano.

3.7.5.2. **El examen del asunto a la luz del Derecho positivo**.

3.7.5.2.1. **La regla contenida en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos**. Reiteramos la posición recogida en nuestro *Manual de Derecho Administrativo* (tercer volumen), acerca de que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no contiene una verdadera disciplina sobre el privilegio de autotutela de la Administración, pues sólo se refiere a la ejecutividad y a la ejecutoriedad como notas características de los actos administrativos; sin embargo, debemos reconocer que las mismas se corresponden con las denominadas doctrinariamente autotutela declarativa y ejecutiva, y así lo ha interpretado tanto la doctrina como la jurisprudencia, sin hacer ninguna distinción entre actos administrativos sancionatorios y no sancionatorios, razón por la cual debe concluirse, que de conformidad con las previsiones contenidas en la ley que regula en forma general el procedimiento administrativo, las sanciones que imponga la Administración deben ejecutarse inmediatamente, en virtud de que debido a la notas de ejecutividad y ejecutoriedad que las caracteriza, los recursos que se interpongan contra ellas carecen de efectos suspensivos (arts. 8, 79 y 80 de la LOPA). No obstante, como esa regla general admite derogatoria por las leyes administrativas sectoriales, pasamos a examinar las que integran la muestra, a los fines de determinar si la mencionada regla general se mantiene en todas ellas, o si por el contrario algunas o todas la derogan.

3.7.5.2.2. **Las excepciones a la regla y análisis de las mismas (LPCU, COT Y LRESORTE).** Del análisis de las veintiséis leyes que integran la muestra, sólo dos de ellas confieren efectos suspensivos a los **recursos**

**administrativos** que se interponen contra los actos sancionatorios. Se trata del Código Orgánico Tributario, cuyo artículo 247 dispone que "La interposición del recurso {jerárquico} suspende los efectos del acto recurrido. Queda a salvo la utilización de las medidas cautelares previstas en este Código". Los actos a que se refiere la norma aparecen identificados en el artículo 242 *ejusdem*, e incluyen los de determinación de tributos, de aplicación de **sanciones** o aquellos que de cualquier forma afecten los derechos de los administrados. Conviene destacar que esta disposición aparentemente progresista en materia de sanciones, porque supedita su ejecución a la decisión del recurso administrativo, ya estaba contemplada en el Código anterior, pero igualmente ese instrumento normativo contemplaba el carácter suspensivo del recurso contencioso tributario, lo que desde luego resultaba en perfecta sintonía con el principio *nulla poena sine iudicio* y con los derechos de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva. De modo, pues que la supresión del mencionado dispositivo, pese a la subsistencia del concerniente a los efectos suspensivos del recurso administrativo, revela una especie de regresión legislativa en materia sancionatoria.

También la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario prevé en su artículo 152, únicamente para el caso de la imposición de multas, que la interposición tanto de recursos administrativos como judiciales suspende los efectos del acto sancionatorio. Efectivamente, el mencionado precepto prescribe: "...proceda a pagar el monto de la multa en una institución bancaria designada por el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU)... **salvo que el sancionado haya interpuesto recursos administrativos o judiciales que estén pendientes de ejecución**".

Esta disposición teóricamente muy progresista, cuando se analiza en todo el contexto de la Ley, no resulta realmente tan "progresista" como parece desprenderse de su tenor literal, en primer lugar, porque dentro de todas las sanciones previstas en la LPCU, a saber: multa, cancelación del registro de las asociaciones de consumidores y usuarios, nulidad de los contratos de adhesión y el cierre temporal hasta por treinta días, la única sanción, cuya impugnación administrativa o judicial produce la suspensión de su ejecución es la multa. Observamos que la norma rompe, sin ninguna justificación, con la disciplina de los efectos suspensivos de los recursos administrativos y judiciales, pues carece de toda fundamentación lógica y jurídica que la sanción más leve de todas las enumeradas, sea precisamente la que está sujeta a suspensión de la ejecución, como producto del ejercicio de los recursos.

Cabe precisar que la lógica implícita en la suspensión de los actos sancionatorios, así como el marco teórico subyacente, imponía que la misma se extendiera a todas las sanciones que pudiera aplicar el INDECU, porque de lo contrario se configuraría, como en efecto se configura, sin ninguna justificación que no sea meramente pragmática, una normativa signada por la desigualdad y la injusticia, porque si teóricamente con la suspensión pretendía ajustarse al principio del *nulla poena sine iudicio*, así como a los derechos de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva, resulta inexplicable que la sintonía de la norma bajo examen con esos derechos constitucionales opere únicamente para la multa, que como dijimos, es la sanción más leve de todas las que figuran en la LPCU, y no opere para el resto.

En segundo lugar, el indicado pragmatismo que revela la actuación del legislador y que reduce sustancialmente el carácter progresista de la norma, se acentúa en el artículo 164 *ejusdem*, que como señalamos precedentemente, faculta al INDECU para que escoja, una vez cometida la infracción, entre la multa y el cierre temporal por treinta días. Concebida de esa manera la norma relativa a los efectos suspensivos de los recursos administrativos y contencioso administrativos, puede tornarse nugatoria, pues bastará que la Administración imponga la sanción de cierre temporal, en lugar de multa, para que los mencionados recursos pierdan su efecto suspensivo, en virtud de que ese carácter no opera frente a las otras sanciones; y por tanto, la sanción "cierre temporal" se torne ejecutable inmediatamente; de allí pues, la razón que nos conduce a sostener que la norma recogida en el artículo 152 de la LPCU es sólo aparentemente progresista.

Las restantes veinticuatro leyes examinadas omiten cualquier referencia a la ejecución de las sanciones, salvo la LRESORTE, que en su artículo 35 se encarga de enfatizar que: "La interposición del recurso contencioso no suspende los efectos de la decisión dictada por el Directorio de Responsabilidad Social", motivo por el cual rige la regla general derivada del privilegio de la autotutela administrativa, contenida en los artículos 8, 79 y 80 de la LOPA, es decir, el carácter ejecutorio de los actos que dicte la Administración en ejercicio de la potestad sancionatoria, los cuales en términos generales no son susceptibles de suspensión originada en la interposición de recursos administrativos o jurisdiccionales.

Sin embargo, conviene observar que por interpretación a contrario del citado artículo 35 de la LRESORTE puede llegarse a la conclusión de que cuando el recurso contencioso administrativo se interponga contra

sanciones emanadas de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, como la revocatoria de la habilitación hasta por cinco años y la revocatoria de la concesión contemplada en el artículo 29, numeral 2, de la citada LRESORTE, entonces tendrá efecto suspensivo. Reconocemos que esta tesis es sumamente discutible, estando vigente la regla general sobre el carácter ejecutorio de los actos sancionatorios, pero al mismo tiempo sostenemos que no puede calificarse a priori de infundada, si se tiene en cuenta el principio de *nulla poena sine iudicio*, y de los derechos de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, debemos admitir que, tanto la Administración como los Tribunales, pueden en sede cautelar suspender los efectos de las sanciones, pero obviamente tal suspensión, además de tener un carácter excepcional, no encuentra su causa en la mera interposición del recurso.

Pues bien, conforme a los razonamientos anteriores debe concluirse que el Derecho positivo consagra como regla el carácter ejecutorio de los actos sancionatorios, lo que no obsta –reiteramos– para que determinadas leyes sectoriales la deroguen e impongan la contraria, esto es, la suspensión de la ejecución de las sanciones, como efecto *ope legis* de la interposición de los recursos administrativos y contencioso administrativos, pero el examen de las leyes que constituyen la muestra pareciera evidenciar que no es esa la tendencia del legislador venezolano, pues efectivamente una sola de las veintiséis examinadas prevé la suspensión, pero únicamente limitada a la interposición del recurso administrativo. Por consiguiente, la desestimación de éste conduce a la ejecución inmediata del acto sancionatorio, aun cuando contra él se interponga el correspondiente recurso contencioso administrativo.

3.7.5.2.3. **Modalidades particulares de ejecución de las sanciones administrativas**. Por último debemos referirnos a unos supuestos particulares vinculados con el proceso de ejecución de las sanciones, en el entendido de que no aluden al carácter ejecutorio de éstas, sino a sus modalidades de ejecución. Así la LRESORTE prescribe en el artículo 35 que para la ejecución de las sanciones impuestas por el Directorio de Responsabilidad Social, con excepción de la multa, se podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública, y ese mismo dispositivo normativo con relación a la multa, estatuye que generará intereses moratorios a la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela hasta la fecha de pago efectivo de la deuda, y a tal efecto la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá solicitar la **intimación judicial**.

También la LTTT trae una disposición similar en su artículo 124, al establecer treinta días hábiles para que el sancionado pague la multa, al vencimiento de los cuales sin que se produzca el aludido pago, comenzarán a correr intereses moratorios, sin que se especifique la tasa correspondiente, motivo por el cual consideramos procedente la aplicación analógica del artículo 35 de la LRESORTE, que dispone que la tasa que devengarán esa clase de intereses, será la activa fijada por el Banco Central de Venezuela. El artículo 125 de la misma Ley de Tránsito señala el procedimiento que deberá seguir la Administración para el caso de que no se produzca el pago voluntario de la multa, y en tal sentido remite al procedimiento especial de la vía ejecutiva contemplado en el Código de Procedimiento Civil, otorgándole a las planillas de multas el carácter de títulos ejecutivos.

En fin, las disposiciones contentivas sobre modalidades particulares de ejecución de las sanciones administrativas no hacen más que patentizar el privilegio de la autotutela declarativa y ejecutiva, pues todas las sanciones, salvo las pecuniarias, pueden ser ejecutadas por la sola voluntad de la Administración (inhabilitaciones, suspensiones, revocatorias de concesiones, cancelaciones de registros, etc.), y en algunos casos también sólo con esa voluntad, pero con el auxilio de la fuerza pública, verbigracia el comiso o la demolición de obras ilegales cuando el sancionado ofrezca resistencia. En cambio, la ejecución de la multa, cuando no se da el cumplimiento voluntario del infractor, requiere la intervención del Poder Judicial, porque no resulta posible que tratándose de esa particular obligación de hacer, pueda la Administración lograr su ejecución contra la voluntad del obligado.

3.7.5.3. **El examen del asunto a la luz de la jurisprudencia**. Ante el panorama normativo antes descrito parece lógico suponer que los órganos jurisdiccionales actúen en consonancia con el mismo. Así ocurrió durante la vigencia de la Constitución de 1961, y todo indica que así seguirá ocurriendo pese a la consagración, ahora en forma indiscutible, en la Constitución de 1999, de los derechos de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva, y para muestra basta la sentencia categórica dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 22 de julio de 2003, al resolver la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ordenanza sobre Conservación y Mejoramiento del Ambiente en el Municipio Maracaibo del Estado Zulia. A continuación transcribimos la parte que nos interesa de dicho fallo:

"En efecto, constituye un principio general en el Derecho Administrativo –llevado luego a Derecho Positivo por la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos– que todo acto administrativo produce sus efectos de inmediato, por lo que debe ser cumplido sin dilación, salvo que se fije una oportunidad posterior para ello (principio de ejecutividad). De no cumplirse, la Administración dispone incluso del poder para lograrlo por sus propios medios, sin necesidad, salvo excepción, de recurrir a otros órganos estatales (principio de ejecutoriedad). Como consecuencia surge otro principio: el del carácter no suspensivo de los recursos administrativos o judiciales, por lo que si el afectado por una decisión pretende sustraerse de la obligación de cumplirla, deberá solicitar expresamente la suspensión de la medida, exponiendo las razones que lo justifiquen. Entretanto, deberá someterse a ella, así la haya recurrido.

De esta manera, lo que dispone el artículo 23 de la ordenanza impugnada es lo común, salvo que alguna norma legal disponga expresamente lo contrario, la multa impuesta debe ser pagada de inmediato (en el caso concreto, dentro del plazo de tres días hábiles a partir de su imposición), sin que tenga razón el accionante al considerar que ello le impediría el ejercicio de recursos posteriores. Nada en la ordenanza hace pensar esa negación de los recursos contra la multa.

Parece creer el accionante que la única manera de garantizar la defensa contra una multa es la suspensión de su cobro a la espera de la decisión de recursos administrativos y judiciales, lo cual no es cierto. El legislador podría disponer esa suspensión automática, estableciendo una excepción a los principios mencionados, pero de no ser así se aplica la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y la decisión debe ser cumplida sin importar que se interponga un recurso en su contra. Por supuesto, a fin de proteger al particular en el caso concreto, se le permite solicitar la suspensión del acto, para lo que debe demostrar que el mismo, de ser aplicado, produciría un perjuicio irreparable o de difícil reparación. En todo caso, debe recordarse que la jurisprudencia ha negado que el simple pago de una multa constituya un perjuicio de esa naturaleza, toda vez que siempre se puede exigir repetición".

3.7.5.4. **Análisis de la sentencia de la Sala Constitucional**. La simple lectura del fallo transcrito demuestra que la Sala Constitucional es partidaria de la tesis más clásica sobre la autotutela administrativa, descartando toda fisura de la misma por la vía del Derecho positivo, al afirmar que el carácter ejecutorio de los actos administrativos, constituye **un principio general del Derecho Administrativo**, afirmación que no es totalmente cierta, en primer lugar, porque la autotutela administrativa sigue sometida a un sólido e

incesante cuestionamiento doctrinario, sobre todo en lo concerniente a los actos sancionatorios, inclusive la tesis contraria (inejecutoriedad de los actos sancionatorios), como ya hemos indicado, encuentra recepción en países como Alemania y Portugal, cuyos ordenamientos estatuyen que si la sanción impuesta por la Administración resulta impugnada mediante el recurso judicial, automáticamente se suspende su ejecución hasta tanto se produzca la sentencia definitiva.

Así mismo en España, pese a la previsión de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el sentido de admitir la suspensión de los actos sancionatorios solamente hasta que la Administración decida el correspondiente recurso administrativo, las tesis doctrinarias sustentadas en la preservación de los derechos de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva, de alguna manera han ejercido cierta influencia sobre el Tribunal Constitucional, órgano este que sin llegar a proclamar la inejecución del acto sancionatorio hasta que se produzca la sentencia definitivamente firme, ha declarado que hasta tanto el Tribunal competente no se pronuncie sobre la medida cautelar de suspensión de los efectos del acto sancionatorio, éste resulta inejecutable. Por supuesto, que no es la solución apuntada por la doctrina mayoritaria de ese país, pero sin dudas constituye un paso de avance, y en cierto sentido mejora temporalmente la situación del sancionado, y lo que es más importante marca una senda que puede a la larga conducir a la imposición normativa o jurisprudencial de la referida solución.

Toda la argumentación anterior la traemos a colación para demostrar que no resulta pacífica, ni doctrinaria ni normativamente, la declaración que eleva a la categoría de principio general del Derecho Administrativo el carácter ejecutorio de los actos administrativos sancionatorios, emanada de la Sala Constitucional en el referido fallo. En nuestro criterio, resulta inexplicable que un órgano jurisdiccional de esa naturaleza y de esa entidad, calificado por la propia Constitución como "máximo y último intérprete de la Constitución", ni siquiera se haya referido a esas tesis y a esas experiencias de Derecho comparado, de las cuales, como demostramos antes, existen dos ejemplos formales en nuestro Derecho positivo, recogidos en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, y en el Código Orgánico Tributario.

Esta crítica cobra mayor pertinencia si se tiene en cuenta que la Constitución de 1999 consagró en términos literales inequívocos los derechos de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva, y que es

posible derivar del artículo 49, num. 6, la regla de que toda sanción que se dicte debe estar precedida por la realización de un juicio (*nulla poena sine iudicio)*, los cuales ni siquiera fueron mencionados en el análisis de la Sala para llegar a la referida declaración. Por supuesto, que una Sala Constitucional estaba y está obligada a asumir una posición sobre la posible violación de esos derechos, la cual se configura, en nuestro criterio cuando las leyes les confieren en forma general carácter ejecutorio a las sanciones impuestas por la Administración Pública.

En efecto, es sobradamente conocido que uno de los atributos del derecho de la presunción inocencia, es precisamente que debe considerarse a todo evento inocente al investigado, hasta tanto se dicte la sentencia definitiva. Por consiguiente, resulta elemental que si por obra de la Constitución el ciudadano debe recibir ese tratamiento, y la Administración y la sociedad están obligados a dárselo, tal atributo del mencionado derecho tiene que desplegar todos sus efectos, siendo precisamente el más importante de todos ellos: la inejecución del acto sancionatorio que todavía no está revestido de la firmeza judicial. En ese orden de razonamiento resulta a todas luces una contradicción, y una franca violación a ese derecho, darle formalmente el tratamiento de inocente al sancionado, tutelándose de esa manera formal el referido derecho, y al mismo tiempo ejecutar inmediatamente la sanción, sin esperar la sentencia definitiva, contradicción en la que explícita o implícitamente se incurre en el fallo bajo examen.

Por otro lado, en esa sentencia tampoco podía dejarse de lado la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva, porque en principio la satisfacción de ese derecho únicamente puede obtenerse de los órganos jurisdiccionales, pues aunque alguna tesis propugne la posibilidad de que dicha tutela se logre en sede administrativa, que no dudamos en calificar de errónea, sencillamente porque con todos los visos de garantía que pueda llegar a revestir el procedimiento sancionatorio, al fin y al cabo su desarrollo no es más que una expresión del privilegio de la autotutela administrativa, o sea, la senda para que la Administración se proteja sus propios intereses y derechos, con la notoria particularidad de que en ese procedimiento es "juez y parte".

De allí que resulte una tesis equivocada, en nuestro criterio, predicar en la actualidad que la sanción que se impone como consecuencia de esa actuación administrativa es ejecutable inmediatamente, como se hace en la sentencia bajo examen, pues insistimos en que constituye una ostensible

violación al aludido derecho fundamental, en virtud de que tal tesis implica simple y llanamente la lesión de ese derecho sin que el sancionado tenga acceso a los órganos jurisdiccionales, pues un acceso a posteriori carece la mayoría de las veces de sentido práctico, aun en los casos en que teóricamente se indemniza el daño causado por el acto sancionatorio declarado ilegal por los tribunales, como en el caso de la destitución del funcionario público, la cual resulta anulada por el órgano jurisdiccional tres o cuatro años después, y por lo tanto, se ordena la reincorporación del funcionario al cargo y el pago de los sueldos dejados de percibir.

Nos preguntamos en nombre de qué o de quién en un Estado de derecho y de justicia, es posible separar a un funcionario público del ejercicio de sus funciones durante ese tiempo, ocasionándole múltiples problemas que van más allá del paro (familiares, sicológicos, económicos, etc.), debido al carácter ejecutorio del acto sancionatorio. Nos preguntamos igualmente porqué ese postulado decimonónico sobre la ejecutoriedad de los actos administrativos, puede tener aún plena vigencia en todo tipo de acto sancionatorio, montado sobre una presunción que cada día en estos países pierde más su fundamento sustancial y filosófico.

Y finalmente nos preguntamos cómo puede un órgano que tiene su origen en la necesidad de tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos, como la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, seguir transitando esa senda regresiva, estando plenamente vigente la Constitución de 1999, la de los derechos humanos progresivos, la que propugna como valores superiores fundamentales, la justicia y la igualdad entre otros, pero que sobre todo, signa la marcha que debe emprender la propia sociedad hacia el "estado de justicia", cuando proclama la vigencia plena de los derechos de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva. Sin dudas que esas graves omisiones y contradicciones de la Sala Constitucional en el fallo examinado, deben ser respondidas por quienes deben responderlas.

Aclaramos que el ejemplo de la destitución del funcionario público en el marco de la exorbitante potestad sancionatoria de la Administración venezolana, no resulta el más significativo en lo tocante el sacrificio de derechos fundamentales, derivados de una sanción administrativa. En efecto, más lesivo a esos derechos puede ser una multa de cincuenta mil unidades tributarias, o la revocación de la habilitación administrativa o de la concesión, o el cierre de un establecimiento comercial, o la suspensión de un servicio por treinta días o más, o la inhabilitación para ejercer funciones

públicas por hasta quince años y así sucesivamente. No está demás señalar que también la Sala Político Administrativa se inscribe dentro de esta tesis nada progresista, pues recientemente la ha reforzado más bien, al restringir al máximo la potestad que tienen los jueces contencioso tributarios para suspender los efectos del acto sancionatorio emanado de la Administración Tributaria, pues sin dudas que esos jueces todavía sienten la influencia de la disposición contenida en el Código Orgánico Tributario derogado, que confería efecto suspensivo automático a la interposición del recurso, tanto administrativo como judicial. (Sentencias dictadas en el mismo sentido por la SPA del TSJ de fecha 03-06-04, 30-06-04 y 10-08-04).

Debemos dejar sentado, que no somos partidarios de que todos los actos administrativos, ni tampoco todos los actos sancionatorios pierdan su carácter ejecutorio, pues habrán algunos intereses públicos, como los relacionados con el ambiente, la ecología, el urbanismo y la seguridad de la Nación, cuya infracción, dependiendo de su gravedad, de los daños que ésta cause, de las circunstancias en que se cometa, deberá dar lugar a la imposición de sanciones que sean ejecutadas inmediatamente, e inclusive sería aconsejable en esa hipótesis que se prevean las medidas cautelares apropiadas que pueda dictar la Administración en el curso del procedimiento, pero sin lugar a dudas esos serían casos muy contados, razón por la cual mantenemos nuestra tesis acerca de la procedencia de la suspensión automática de la gran mayoría de las sanciones administrativas, cuando se interponga tanto el recurso administrativo como judicial, por considerar que la misma encuentra fundamento en los derechos constitucionales de la presunción de inocencia y de la tutela judicial efectiva.

Como abrigamos dudas de que la situación jurisdiccional y normativa cambie a corto plazo, no está demás concluir este acápite con una cita del profesor Parada, sobre la materia:

"Ciertamente no se comprende que se den más garantías a los que atentan contra la libertad o la integridad de las personas que contra los que hacen contra bienes jurídicos de menor rango, como son los que tutela la potestad sancionadora de la Administración (intereses urbanísticos, fiscales, organizativos, etc.), jugando para los primeros la presunción de inocencia hasta que se agota el último recurso judicial, mientras que para los segundos se lleva a cabo la ejecución de las sanciones cuando restan una o dos instancias judiciales por pronunciarse".

3.7.6. **El establecimiento de las sanciones corporales o privativas de la libertad en las leyes administrativas**.

3.7.6.1. **El panorama normativo**. El título del acápite 3.7.6. puede parecerle insólito a cualquier habitante, y con mayor razón a cualquier operador jurídico del mundo occidental, máxime si tiene conocimiento que de conformidad con la Constitución de 1999, Venezuela es un **Estado de derecho y de justicia**. En efecto, los abogados saben con certeza que la invocación de un "poder de policía", en los términos explicados en párrafos precedentes, considerado casi natural, por los gobernantes, heredado del Estado Absoluto, condujo a que en la mayoría de los países hasta mediados del siglo XX en algunos, y hasta la década de los setenta de ese siglo, en otros, las autoridades administrativas detentasen la potestad para imponer sanciones privativas de la libertad a los ciudadanos.

Pero igualmente saben que todas las Constituciones posteriores a la culminación de la Segunda Guerra Mundial, al regular el derecho a la libertad y a la seguridad personales, suprimieron de manera radical esa potestad a la Administración Pública; de allí que en pleno siglo XXI un Parlamento apruebe leyes que faculten a la Administración o a funcionarios públicos actuando en función administrativa, para privar de la libertad a los ciudadanos, tiene necesariamente que parecerle insólito e increíble, tanto al hombre de la calle como al operador jurídico.

Pues bien, el panorama normativo a que alude el acápite queda trazado en dos de las leyes de la muestra, las cuales prevén la sanción de conversión de la multa en arresto, la de arresto hasta por ocho días (Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada en 1998), y la de arresto hasta por quince días (Ley Orgánica del Tribunal Supremo, promulgada en el año 2004). Debido a la particularidad y a la trascendencia del asunto, pasamos a transcribir parcialmente el texto de los artículos de ambas leyes:

Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998:

Artículo 91. Los jueces podrán imponer **sanciones correctivas y disciplinarias**, así (...)

artículo 92. "Se prohíbe toda manifestación de censura...

Los transgresores serán sancionados con multas del equivalente en bolívares a dos unidades tributarias (U.T.), **convertible en arresto en la proporción establecida en el Código Penal**".

Artículo 93. "Los jueces sancionarán con multas que no excedan del equivalente en bolívares a tres unidades tributarias (U.T.), **o de ocho días de arresto**, a quienes irrespetaren a los funcionarios o empleados judiciales; o a las partes que ante ellos actúen; y sancionarán también a quienes perturbaren el orden de la oficina durante su trabajo.

Artículo 94. "Los tribunales podrán sancionar con multa del equivalente en bolívares a cuatro unidades tributarias (U.T.), **o con arresto hasta por ocho días**, a los abogados que intervienen en las causas de que aquéllos conocen...".

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004.

Artículo 23, num. 1. "El Tribunal Supremo de Justicia aplicará las sanciones que establece el ordenamiento jurídico vigente en las causas que conozca. El Presidente o Presidenta de la Sala respectiva **sancionará con arresto de hasta por quince días** a quienes irrespetaren al Poder Judicial, al propio Tribunal Supremo de Justicia o a sus órganos, funcionarios o empleados; o a las partes que falten el respeto al orden debidos en los actos que realicen, llamen públicamente a la desobediencia o desacato a las decisiones o acuerdos, o incumplan las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia o perturben el trabajo en sus oficinas. Se garantizará el derecho a la defensa el debido proceso y a **los procedimientos disciplinarios correspondientes**...".

Artículo 23, num. 2. "El Tribunal Supremo de Justicia sancionará con multa que oscilará entre el equivalente de mil unidades tributarias (1000 U.T.) a tres mil unidades tributarias (3000 U.T.) a los funcionarios de los órganos del Poder Público... El Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia o de cualesquiera de sus Salas, podrá ordenar la expulsión de la sede del mismo, de cualquier transgresor del orden dentro del recinto**, sin perjuicio de la aplicación de alguna de las sanciones anteriores**" (arresto hasta por quince días y multa).

3.7.6.2. **El panorama jurisprudencial**. Cabe señalar previamente que antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, muchas leyes administrativas establecían las sanciones de arresto por ocho o quince días, así como la conversión de multa en arresto. Una vez que entró en vigencia dicho texto constitucional, esa tendencia legislativa disminuyó significativamente; no obstante, el Parlamento continuó aprobando leyes que establecían ese tipo de sanciones privativas de la libertad, pero en

número bastante reducido. Sin embargo, la mejor demostración de la continuidad de esa práctica es precisamente la Ley Orgánica del Poder Judicial, que fue promulgada en 1998.

Ahora bien, la preeminencia que le confiere la Constitución de 1999 a los derechos humanos, dentro de los cuales destaca por su trascendencia el derecho a la inviolabilidad de la libertad personal (art. 44, num. 1), conducía a que se presumiese que la recién creada Sala Constitucional, máxima y última intérprete de la Constitución, iba a cerrar ese capítulo, que no dudamos en calificar de nefasto, de nuestra legislación, aprovechando la primera oportunidad que se le presentara para hacer uso, bien del control difuso o del control concentrado de la constitucionalidad, y proferir un fallo aleccionador, que marcara un hito en la preservación del mencionado derecho fundamental, máxime si se tiene en cuenta la convicción general de todos los operadores jurídicos, relativa a la inconstitucionalidad sobrevenida, conforme a la disposición derogatoria única, de la Constitución, que afectaba a todos aquellos dispositivos normativos preconstitucionales que contemplasen sanciones privativas de la libertad (arresto y conversión de la multa en arresto).

Lamentablemente llegado ese momento, la Sala Constitucional legitimó, o si quiere en términos religiosos "bendijo" esa nefasta práctica heredada del antiguo régimen, al decidir una acción de amparo (*hábeas corpus*) intentada contra la sanción de arresto por ocho días impuesta por la Corte de Apelaciones del Estado Lara a una abogada. Quizás sea importante señalar que el *hábeas corpus* fue presentado precisamente por el Defensor del Pueblo del mencionado Estado, por considerar que se había violado a la abogada el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 44, num. 1, de la Constitución.

Pues bien, en sentencia del 29 de agosto de 2003, la Sala Constitucional, con ponencia del magistrado Jesús Cabrera declaró que la sanción disciplinaria de arresto aplicada a la abogada, resultaba totalmente compatible con el artículo 44, numeral 1, de la Constitución, la cual pasamos a transcribir parcialmente:

"...En tal sentido, acota la Sala, que dentro de los actos administrativos gravosos para los administrados se encuentran las sanciones administrativas, en el entendido de éstas como un mal inflingido (sic) por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal consisti-

rá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa, incluso arresto personal del infractor.

Otra de esas manifestaciones del poder sancionatorio lo constituyen las sanciones correctivas y disciplinarias decretadas por los jueces, en ejercicio de la potestad disciplinaria de la cual están investidos.

A criterio de la Sala, tales sanciones (conversión de multa en arresto, y arresto por ocho días) son actos disciplinarios, toda vez que el tribunal no actúa en la función jurisdiccional que originariamente le ha sido atribuida, sino en una función administrativa sancionatoria...

Siendo ello así, si bien es cierto que la situación cambia radicalmente en lo que se refiere a los arrestos disciplinarios, dentro de la potestad sancionatoria conferida a los jueces, pues en tales decisiones se ponen en juego dos valores definidos constitucionalmente: el derecho a la libertad y a la seguridad personal y el respeto a la majestad de los jueces en el ejercicio de sus funciones, no es menos cierto que, aun tratándose de actos que tienen por objeto la privación de libertad, al tener los mismos su origen en la potestad sancionatoria del Poder Judicial, deben estar sometidos al control de la jurisdicción disciplinaria, en razón de que la disciplina –en todos sus aspectos– no es propia de la actividad administrativa, sino que constituye el derecho disciplinario.

Estima la Sala, que a la letra del precepto constitucional señalado, no es posible el arresto por vía administrativa-disciplinaria, ya que la detención de cualquier persona debe provenir de una orden judicial.

Ahora bien, en los casos en que los abogados, particulares, funcionarios y empleados judiciales irrespeten flagrantemente la majestad de los jueces, éstos, en esa circunstancia se encuentran facultados para "imponer sanciones correctivas y disciplinarias" a los mismos, siendo una de dichas sanciones el arresto hasta por ocho (8) días, en los casos establecidos en los artículos 93 y 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precedentemente transcritos.

En ese orden de ideas, el juez en uso de la potestad disciplinaria puede ordenar el arresto, estando el mismo ajustado a la norma constitucional en virtud de emanar de una orden judicial.

De allí, que el derecho a la inviolabilidad de la libertad personal consagrado en el señalado artículo 44.1 de la Constitución, no se vea menoscabado en los casos de los arrestos disciplinarios, ya que la limitación del derecho que deviene en dichos casos, se encuentra preservada por los principios de la reserva legal y la judicial.

Por ello, la Sala, en sintonía con las consideraciones precedentemente expuestas, establece como doctrina vinculante, que en materia de arrestos disciplinarios provenientes de la potestad sancionatoria de los jueces de la República, no procede el mandamiento de *hábeas corpus*, en virtud que en

dicho decreto, expedido legalmente, no existe violación al derecho a la libertad" (énf*asis añadido*).

3.7.6.3. **Análisis crítico de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de justicia**.

3.7.6.3.1. **Premisa introductoria**. Es necesario reiterar que con esta sentencia el órgano erigido por el propio texto constitucional en "máximo y último intérprete de la Constitución", legitimó la práctica legislativa nefasta de conferir potestad a la Administración Pública o a otros poderes públicos ejerciendo funciones administrativas, para imponer sanciones privativas de la libertad, al declarar que los dispositivos transcritos de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que contemplan las sanciones administrativas, conversión de multa en arresto y arresto, resultaban compatibles con el artículo 44, numeral 1, de la Constitución.

Esto es tan cierto, que un año después la Asamblea Nacional otorgándole más credibilidad a esa doctrina que al contenido normativo, filosófico y axiológico del referido precepto constitucional, procedió a sancionar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, como quedó reflejado precedentemente, y no sólo le otorgó dicha anómala potestad administrativa al máximo Tribunal, sino que elevó hasta quince el número de días que puede durar el arresto de cualquier persona decretado por el Presidente del Tribunal y los Presidentes de sus Salas. Tal vez el Parlamento haya tenido en mente un criterio de "equidad", pues si cualquier Juez, conforme a la indicada sentencia está facultado para ordenar el arresto por ocho días, en esa línea de "equidad", era lógico que la Asamblea Nacional apreciase que un magistrado del máximo tribunal debía detentar la potestad en mayor grado, razón por la cual el arresto que pueden aplicar dichos magistrados es de quince (15) días.

Pues bien, pasamos a examinar críticamente la sentencia transcrita, con la esperanza de que prontamente se abra un debate científico que conduzca a suprimir para siempre la práctica legislativa de establecer sanciones privativas de la libertad, de naturaleza administrativa, ahora recogida en un instrumento normativo tan relevante como el que regula al Tribunal Supremo de Justicia.

3.7.6.3.2. **Examen de los principales fundamentos de la sentencia**. Pasamos a resumir los fundamentos de la sentencia, para examinar su validez y congruencia con el correspondiente marco doctrinario y normati-

vo, y tal como se desprende de la sola lectura del fallo, esos fundamentos son los siguientes:

a) **El arresto es una sanción administrativa**. En el fallo la declaración está consignada así: "Este mal consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa, **incluso arresto personal del infractor**". La anterior declaración, con la cual prácticamente se inicia el fallo, no puede ser más desconsoladora para los ciudadanos, máxime si proviene del órgano calificado como máximo y último intérprete de la Constitución, pues su eventual aplicación en un ordenamiento jurídico significa un verdadero retroceso en materia de derechos fundamentales, en virtud de que implica poner en vigencia nuevamente el desterrado "poder de policía" propio del antiguo régimen, pero sin necesidad de irnos tan atrás, implica retroceder legislativamente a la década de los setenta del siglo pasado. Más aún, esa declaración es totalmente contraria a una doctrina universal, más que jurídica civilizatoria; por tanto, pacífica en casi todos los países del mundo occidental, sobre la interdicción absoluta de las sanciones privativas de la libertad impuestas por la Administración o por cualquier otro Poder Público en ejercicio de la función administrativa, la cual es una expresión de la garantía constitucional del derecho a la inviolabilidad a la libertad personal.

Por tanto, resulta indudable que la calificación del arresto, pena privativa de la libertad, como sanción administrativa, en una declaración con que se inicia la sentencia de la Sala Constitucional, constituye un gravísimo error, tanto desde el punto vista conceptual como normativo, pues como lo demostraremos más adelante, toda norma que establezca ese tipo de sanciones, como el caso de las contenidas en los citados artículos de la LOPJ, colide ostensiblemente con el artículo 44, num. 1, de la Constitución. Afortunadamente, aunque en forma contradictoria esa declaración es aparentemente corregida por vía indirecta en el fallo, por la afirmación contenida en él, recogida en el siguiente literal.

b) **El arresto disciplinario no es posible por ser contrario al artículo 44, numeral 1, de la Constitución**. Esta declaración queda recogida así: "Estima la Sala, que a la letra del precepto constitucional señalado, no es posible el arresto por vía administrativa-disciplinaria, ya que la detención de cualquier persona debe provenir de una orden judicial". En realidad esta declaración contradice a la examinada anteriormente, porque precisa que **la detención de cualquier persona debe provenir de una orden judicial**, y es

obvio que ninguna sanción administrativa, entre las cuales la Sala Constitucional incluye de manera expresa al arresto; requiere para su emanación orden judicial alguna; de allí, pues, que de la indicada contradicción presente en el texto del fallo, pudiera inferirse por vía indirecta una conclusión contraria a la primera declaración (arresto sanción administrativa).

Ha de advertirse que en la sentencia no parece ser ese el derrotero seguido por la Sala Constitucional, pues afirma que el arresto disciplinario es una sanción administrativa, que debe ser dictada por cualquier juez conforme a la LOPJ, pero al mismo tiempo sostiene que ese arresto disciplinario, por implicar una detención, sólo es válido cuando emana de una orden judicial, y como los únicos que dictan órdenes judiciales contentivas de medidas privativas de la libertad, son los jueces penales, entonces resulta concluyente que esta segunda afirmación niega la primera; de allí que nos refiramos a una aparente corrección de la primera premisa.

Pero es solamente aparente, porque de acuerdo al tercer fundamento de la sentencia, todo juez, independientemente de su competencia, cuando dicta una orden de arresto conforme a la LOPJ, lo hace mediante la emanación de **una orden judicial**, complicando de esa manera el asunto, porque buscándole un hilo conductor al mismo habría que concluir que la Sala pretende armonizar las dos afirmaciones, y formular la tesis relativa a que todo el tiempo el arresto disciplinario es una sanción administrativa impuesta mediante una orden judicial. Desde luego, que se trata de una tesis, en nuestro criterio, totalmente equivocada, e inmediatamente pasamos a examinar su elemento nuclear.

c) **El juez puede ordenar el arresto por emanar de una orden judicial**. La declaración queda recogida así: **"En ese orden de ideas, el juez en uso de la potestad disciplinaria puede ordenar el arresto, estando el mismo ajustado a la norma constitucional en virtud de emanar de una orden judicial"**. El examen de esta declaración revela que la anterior (literal b) ciertamente no perseguía de ninguna manera corregir la declaración general sobre el carácter del arresto como sanción administrativa, sino más bien erigirla en premisa para intentar justificar la compatibilidad de las citadas normas de la LOPJ, con el artículo 44, numeral 1, de la Constitución, pero evidentemente que no lo logra, sino más bien incurre en una nueva contradicción, también aparente.

En efecto, si la Sala afirma, por lo demás en forma categórica, que cuando el Juez dicta órdenes de arresto no actúa en función jurisdiccional,

sino en **función administrativa sancionatoria**, porque dichos arrestos son **actos disciplinarios**, para ser congruente con su tesis relativa a que la detención de cualquier persona debe provenir de una orden judicial, debía necesariamente concluir, inclusive acudiendo a un mero silogismo, en que el juez por ejercer en esos casos una función administrativa sancionatoria, no jurisdiccional, está impedido constitucionalmente para emanar una orden de arresto contra cualquier persona.

Sin embargo, insólitamente la Sala no sigue esa senda, pues conecta la aludida premisa acerca de la necesidad de la orden judicial para que resulte procedente la detención de una persona, con el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa del Juez, para intentar demostrar, como indicamos antes, que el arresto disciplinario dictado por cualquier juez sobre la base del dispositivo pertinente de la LOPJ, **es una sanción administrativa emanada de una orden judicial**. Se trata solamente de una mera conexión de frases, no de ideas, ni de razonamientos, ya que un tipo de acto sancionatorio de esa naturaleza resulta desconocido para la doctrina del Derecho público, tanto comparado, como nacional, y además resulta inexistente en el ordenamiento jurídico venezolano, porque como veremos de seguidas, no es posible construir esa tesis a partir de los dispositivos pertinentes de la Constitución, del Código Orgánico Procesal Penal y de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial.

En efecto, afirmar que cuando un juez dicta un arresto disciplinario, de conformidad con la LOPJ, lo hace mediante la emanación de una orden judicial, conduce sin dudas a contrariar ostensiblemente, en primer lugar, a los principios básicos del ordenamiento jurídico venezolano, sobre todo en materia de organización del Poder Judicial, articulado en la repartición de competencias a los fines de configurar las respectivas jurisdicciones, correspondiéndole en forma exclusiva y excluyente a los tribunales de la jurisdicción penal librar órdenes judiciales de detención, por supuesto, cumpliendo el procedimiento derivado del artículo 44, numeral 1, de la Constitución, y desarrollado en el Código Orgánico Procesal Penal.

Sólo dejando de lado esas contundentes previsiones legales y organizativas sobre el Poder Judicial, así como las garantistas delineadas en el Código Orgánico Procesal Penal, podría aceptarse la afirmación –a todas luces errada– de la Sala Constitucional relativa a que basta que cualquier Juez, independientemente de la competencia que tenga atribuida, sin cumplir los trámites del COPP, imponga un arresto para que esa decisión **se conside-**

**re**, por obra de una postura hermenéutica, **emanada de una orden judicial**, pues insistimos que ni doctrinaria ni normativamente es posible imaginarse un acto de naturaleza administrativa, sea cual sea, emanado mediante la orden judicial a que se refiere el artículo 44, num. 1, de la Constitución.

En segundo lugar, el examen de esa tesis en el Derecho positivo venezolano, revela que el artículo 44, numeral 1, de la Constitución, al diseñar la garantía de la inviolabilidad de la libertad personal mediante la **orden judicial**, impone que esta figura tan importante para la preservación del referido derecho, necesariamente debe encontrar un preciso desarrollo legislativo. Efectivamente, el Código Orgánico Procesal Penal, atendiendo a esa mandato constitucional, se encarga de inscribir a la orden judicial en el marco del monopolio de la acción penal ejercida por el Ministerio Público, y establece que la orden judicial de detención de cualquiera persona tiene que ser solicitada al Juez Penal, cuando se configuren determinadas condiciones previstas en la Ley, por un Fiscal del Ministerio Público, y el titular del Tribunal una vez examinada la solicitud a la luz de las disposiciones pertinentes, emanará la **orden judicial para privar de la libertad a un ciudadano**, bien en forma cautelar en el curso del proceso, o definitiva cuando dicte la correspondiente sentencia. Por tanto, ese juez en principio carece de competencia para emanar **de oficio** una orden que implique privación de la libertad.

Atendiendo a esa línea argumental, resulta concluyente que el Juez con competencia en materia penal es el único que puede dictar las órdenes judiciales previstas en el artículo 44, num. 1, de la Constitución, a solicitud de un fiscal del Ministerio Público, y desde luego, que cualquier otro juez que carezca de competencia en esa materia, estará impedido constitucionalmente para hacerlo, y mucho menos de oficio, como se asienta en el fallo, aun cuando invoque el ejercicio de una potestad administrativa disciplinaria que le confiera un dispositivo legal, como ocurre con el contenido en los artículos 93 y 94 de la LOPJ. Inclusive ese impedimento se extiende a los mismos jueces penales, cuando pretenden ejercer la referida potestad disciplinaria.

Frente a esa conclusión incontrovertible, a la luz del artículo 44, num. 1, de la Constitución, resulta inexplicable, que en la sentencia se afirme que el acto administrativo sancionatorio disciplinario dictado por un Juez, consistente en una medida de arresto, por el contrario se ajusta, a dicho precepto constitucional, "en virtud de emanar de una orden judicial", pues insistimos en que la orden judicial es una figura constitucional vinculada a la

protección de la libertad personal, que aparece perfectamente delimitada en el COPP, tanto sustantiva como formalmente, cuya emanación entra en la esfera de competencia exclusiva de los jueces penales, cuando se configuran los supuestos hechos establecidos en el mencionado Código. De allí, pues, que carezca de toda fundamentación la tesis que constituye el núcleo de la sentencia relativa a que cuando cualquier juez impone un arresto disciplinario, lo hace mediante la orden judicial contemplada en el artículo 44, numeral 1, del texto constitucional.

d) **La imposición de la sanción de arresto por un juez no viola el precepto constitucional, porque se ajusta a los principios de reserva legal y de reserva judicial**. La declaración queda recogida así: "De allí, que el derecho a la inviolabilidad de la libertad personal consagrado en el señalado artículo 44.1 de la Constitución, no se vea menoscabado en los casos de los arrestos disciplinarios, **ya que la limitación del derecho que deviene en dichos casos, se encuentra preservada por los principios de la reserva legal y la judicial"**.

Esta parte de la sentencia, puede calificarse de complementaria, porque el núcleo de la misma radica en la tesis relativa a que la sanción de arresto disciplinario se impone mediante la orden judicial contemplada en el artículo 44, numeral 1, de la Constitución. En efecto, de admitirse esa tesis resulta fácil y hasta lógico señalar que la limitación del derecho a la libertad constituida por el arresto disciplinario, "se encuentra preservada por la reserva legal y la judicial". Pero como la referida tesis está alejada –insistimos– de los principios básicos del Estado de derecho y de justicia, pareciera innecesario examinar esta especie de corolario del fallo, que en realidad es un argumento a mayor abundamiento.

Sin embargo, como la invocación del argumento de la reserva legal en la sentencia tiene como finalidad tratar de darle mayor fuerza a su tesis central, pasamos a examinarlo brevemente, y al respecto observamos que la exigencia de dicha reserva prevista en la Constitución, se cumple formalmente cuando la materia es regulada por ley o mediante un acto con fuerza de ley; pero obviamente ello no significa, como pretende asentarse en el fallo, que por ese solo hecho la situación sustantiva disciplinada está blindada constitucionalmente.

Ciertamente, debe admitirse el "blindaje formal" (cumplimiento de la exigencia constitucional), pero nada ni nadie puede garantizar a priori que

todos los dispositivos del instrumento normativo sancionado por la Asamblea Nacional sean compatibles con la Constitución, pues el riesgo de la incompatibilidad siempre existirá, y es precisamente lo que justificó históricamente, y desde luego, justifica actualmente, la consagración de los sistemas de control constitucional, que en Venezuela, por cierto, encuentran concreción a través de los métodos concentrado y difuso, lo que revela la intención del constituyente de preservar las leyes contra ese probable riesgo.

En otras palabras, no basta invocar en abstracto el cumplimiento de la reserva legal para concluir en que todos los dispositivos de ese instrumento de rango legal son compatibles con la Constitución, y más concretamente, el artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que faculta a los jueces para imponer arrestos disciplinarios a los abogados hasta por ocho días. Por esa razón, este argumento de la Sala Constitucional es meramente formal, porque sin tener ninguna incidencia sobre el fondo del asunto, refuerza en forma sólo aparente la tesis central del fallo.

No obstante, en el contexto del análisis sobre la potestad de los jueces para imponer mediante el ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa sanciones privativas de la libertad, pierde toda esa apariencia de formalidad y validez, tornándose absolutamente irrelevante, pues la inconstitucionalidad de esa potestad existe y existirá cuando su fundamentación normativa se contraste con el artículo 44, numeral 1, constitucional, siempre y cuando el juez la ejerza en la forma indicada, en la LOPJ, y aplique el arresto disciplinario, independientemente de que esté contemplado en una norma de rango legal o de rango sublegal. Por supuesto que si aparece en una disposición sin fuerza de ley, la inconstitucionalidad se acrecentará, pero insistimos en que ésta no desaparecerá porque esté contenida en una norma con fuerza de ley; de allí, pues, la irrelevancia del pretendido argumento de la reserva legal esgrimido en la sentencia, ya que la norma que confiere la potestad a todos los jueces, en ejercicio de la función administrativa sancionatoria, para imponer sanciones privativas de la libertad, aun cuando sea de rango legal, como efectivamente lo es el artículo 94 de la LOPJ, está viciada de inconstitucionalidad, por colidir flagrantemente con el citado artículo 44, num. 1, de la Constitución.

Por otro lado, también tiene un carácter aparentemente formal el argumento utilizado por la Sala acudiendo a la expresión "reserva judicial", la cual alude a la exigencia de que toda detención sea ordenada por un juez, y en ese sentido la sentencia se ajusta formalmente a ese principio, porque

la orden de arresto de la abogada emanó del titular de un órgano del Poder Judicial (reserva judicial). Sin embargo, debemos enfatizar que ese principio encuentra su fundamentación en el artículo 44, num. 1, de la Constitución, pero armonizado con el derecho al juez natural, consagrado en el artículo 49, num. 4, *ejusdem*, que como señalamos y demostramos antes, a la luz de la LOPJ, no puede ser otro que el juez de la jurisdicción penal, en ejercicio de su competencia natural, ajustándose a las precisas previsiones del Código Orgánico Procesal Penal, en materia de adopción de medidas privativas de la libertad.

De tal manera que cuando se contextualiza el principio de reserva judicial con los artículos 44, numeral 1, y 49, numeral 4, de la Constitución, con las disposiciones pertinentes del citado Código y de la LOPJ, resulta concluyente que la reserva judicial tiene una connotación jurídica muy precisa, vinculada al derecho de la inviolabilidad de la libertad personal, absolutamente divorciada de las actuaciones sancionatorias administrativas, como correctamente las denomina la sentencia bajo examen, de cualquier juez de la República, incluyendo a los jueces penales.

Más aún, el argumento de la reserva judicial queda desvirtuado en la propia sentencia, cuando en ella se expresa: "A criterio de la Sala, tales sanciones son actos disciplinarios, toda vez que el tribunal **no actúa en la función jurisdiccional** que originariamente le ha sido atribuida, sino en una función administrativa sancionatoria". De modo, pues, que si no se trata de ejercicio de la función jurisdiccional, nos preguntamos entonces ¿cómo puede predicarse la existencia de la "reserva judicial", pues parece obvio que dicha reserva esté referida exclusivamente a ese tipo de funciones? De allí, que este argumento, a diferencia del relativo a la reserva legal, que resultaba válido desde el punto de vista formal, porque efectivamente la potestad del juez está contemplada en una norma de rango legal, carece totalmente de fundamentación porque está referido a un supuesto conceptual normativo distinto, o falso supuesto, como ha quedado enteramente demostrado precedentemente.

Cabe señalar que la Sala Constitucional dictó posteriormente dos sentencias más sobre la potestad disciplinaria de los jueces, en una de las cuales corrigió el dispositivo de la sentencia bajo examen, que prohibía con carácter vinculante la admisión de acciones de amparo (*hábeas corpus*), intentadas contra los arrestos disciplinarios aplicados por los jueces y además creó por vía de interpretación un procedimiento especial que deben aplicar los órganos jurisdiccionales al imponer esas medidas (sentencia del 23 de julio de

2004), y otra, en la cual declaró que las amonestaciones impuestas por los jueces a los abogados tenían naturaleza jurisdiccional (sentencia del 16 de diciembre de 2003). Sin embargo, en esos pronunciamientos, que no es el caso examinar, mantuvo incólume la tesis central del fallo, acerca de la constitucionalidad de los arrestos disciplinarios dictados por los jueces.

Estimamos que frente a la sentencia examinada no vale el desaliento, y los abogados y profesores estamos obligados a ejercer el denominado control social sobre las fallos que dicta la Sala Constitucional, mediante el análisis científico, inclusive descarnado cuando así resulte procedente, pero siempre impersonal y dentro de los cánones propios del debate académico de los mismos. Es lo que pretendemos hacer con este análisis, porque ciertamente el fallo llama particularmente a la reflexión, porque lesiona el derecho constitucional que sigue en la escala axiológica, al derecho a la vida, y en el mismo se llegan a utilizar argumentos complementarios ciertamente, para intentar justificar, más que fundamentar, la potestad administrativa de los jueces para imponer sanciones privativas de la libertad de las personas, que suscitan perplejidad, por decir lo menos, en un Estado de derecho y de justicia, **como el relativo a la comparación entre el derecho a la libertad y la "majestad del juez en ejercicio de sus funciones"**, por supuesto, optando insólitamente por otorgarle primacía al segundo término de la comparación.

Nos consideraríamos afortunados si el contenido de esta monografía así como del presente análisis, constituyera el punto de partida para abrir un debate fructífero sobre la potestad sancionatoria de la Administración Pública, y particularmente sobre la potestad conferida por la LOPJ a todos los jueces para imponer sanciones privativas de la libertad, lamentablemente legitimada por la Sala Constitucional. Desde luego, que la idea es que el debate surta los efectos deseados sobre este importante órgano jurisdiccional, al punto que llegue a modificar su doctrina.

Reconocemos que no será un proceso sencillo, porque pasa necesariamente por anular el artículo 23, num. 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, antes transcrito, que confiere la misma potestad disciplinaria a los Presidentes del Tribunal y de cada una de sus Salas para imponer arrestos disciplinarios hasta por quince días. No obstante, advertimos que los ordenamientos jurídicos evolucionan a fuerza de las correcciones realizadas básicamente por los órganos judiciales, y si hay alguno que está obligado a rectificar, debido a sus delicadas funciones hermenéuticas, es precisamente la Sala Constitucional.

## CAPÍTULO IV

## EL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

4.1. **El procedimiento sancionatorio como una modalidad particular del procedimiento administrativo**.

4.1.1. **Breve referencia al procedimiento administrativo**.

4.1.1.1. **Referencia histórica**. Conviene recordar que la génesis y evolución del Derecho Administrativo durante el siglo XIX y parte del siglo XX condujo a que se produjese, pese a la vigencia del principio de legalidad, un esquema relacional directo entre la atribución del poder a la Administración y su actuación traducida en un proveimiento o acto final o definitivo, que incidía sobre las situaciones subjetivas de los particulares, lo que revelaba la disparidad o, mejor, la superioridad de la autoridad administrativa sobre el administrado, configurándose de esa manera la denominada relación "autoridad-libertad", en la cual la primacía correspondía al primer término de la misma. En la búsqueda de una solución que tendiese a equilibrar la situación del particular con la Administración, el Consejo de Estado francés crea el denominado "recurso de exceso de poder", es decir, el derecho del administrado a impugnar el acto final dictado por la autoridad administrativa.

Pues bien, hasta las dos primeras décadas del siglo XX en Europa toda, la construcción doctrinaria y jurisprudencial estuvo destinada a perfeccionar el derecho de los ciudadanos a impugnar los actos de la

Administración. Fue así, sólo por mencionar un ejemplo en ese sentido, como los fundamentos "ouvertures" de dicho recurso crecieron desde la original incompetencia, pasando por el vicio de forma, la desviación de poder y finalmente "la violación de ley y de los derechos adquiridos" en el período comprendido entre 1800 y 1864. De modo, pues, que tanto la doctrina como la jurisprudencia ignoraron totalmente el tránsito que se producía en el seno de la Administración entre la atribución de la competencia para dictar el acto, verbigracia, una autorización para construir, y el acto mediante el cual se ejercía dicha competencia, en el ejemplo, el denegatorio de la autorización, que afectaba el derecho del solicitante, y concentraron toda su atención en el estudio pormenorizado de los requisitos de validez, así como sobre los efectos del acto administrativo, o sea, sobre la teoría del acto administrativo. Inclusive en aquellas hipótesis de actuaciones previas (de diversos órganos, por ejemplo) antes de la emanación del proveimiento, se decantaron por la tesis del acto complejo, soslayando toda referencia al procedimiento administrativo.

Por supuesto, que lo que hoy denominamos tutela judicial administrativa invocada por los particulares estaba limitada exclusivamente al cuestionamiento del acto definitivo por parte del interesado, sin tomar en cuenta para nada las actuaciones previas que conducían a la emanación del mismo, o sencillamente sin concederle ninguna importancia en ese contexto a la ausencia total de esa clase de actuaciones. Debe quedar claro que se trataba del predominio de una tesis, aceptada como natural, pues carecían totalmente de relevancia las actuaciones realizadas, o su ausencia, previas al ejercicio de la competencia atribuida a la Administración, mediante el correspondiente acto administrativo.

No es sino hasta los últimos años del siglo XIX cuando esa situación comienza a cambiar. Efectivamente, como consecuencia de una decisión de un tribunal de Austria, en la cual declaró inimpugnable un criterio emanado por un órgano administrativo, que había sido solicitado por la autoridad a quien le correspondía dictar el acto definitivo, por considerarlo como un acto de naturaleza **preparatoria** del proveimiento **definitivo,** debido a que carecía de entidad para producir efectos externos. A partir de la referida decisión se abrió el camino para valorar jurídicamente todas las actuaciones previas realizadas por la Administración, con la finalidad de emanar el acto administrativo.

Quizás debido a esos antecedentes correspondió precisamente a Austria, bajo la influencia de las tesis de Kelsen, y en desarrollo del principio

de legalidad consagrado en la Constitución de 1920 de ese país, dictar en Europa la primera Ley general sobre el procedimiento administrativo en 1925, siguiendo un modelo básicamente procesal, derivado del "gradualismo" normativo kelseniano, que permitía asimilar el acto administrativo a la sentencia, en tanto en cuanto con ambos se producía una concreción de la ley. No es el caso entrar a examinar el referido texto legislativo, lo que sí es importante destacar de él, es que sometía a la Administración al cumplimiento de un conjunto de reglas para poder emanar válidamente el proveimiento. Y como finalmente ese acto estaba y está destinado a tutelar los intereses públicos que tenía y tiene asignados legalmente el órgano administrativo competente, el establecimiento de esas reglas terminó con la libertad ilimitada que le permitía realizar actuaciones previas en términos discrecionales que rayaban en la arbitrariedad, o no realizar ninguna, antes de emanar el proveimiento. Tal vez la importancia mayor de esa reglamentación consistió en consagrar la participación de los administrados en el procedimiento a través del "contradictorio", del acceso al expediente, así como de la imposición de deberes como el de motivación del acto, y el de la imparcialidad del órgano competente para dictar el acto.

Por otro lado, conviene destacar que la ley austríaca sobre el procedimiento tuvo influencia notable en otros países, tanto sobre el Derecho positivo, como sobre la doctrina y la jurisprudencia, pues con ella despegó definitivamente el debate científico sobre el procedimiento administrativo. En efecto, ejerció influencia directa e indirecta sobre algunos de los ordenamientos de esos países, llegando a sostenerse que el efecto indirecto aparece reflejado inclusive en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 1946, de los Estados Unidos de América. E igualmente se afirma que también ejerció una notable influencia sobre la Ley de Procedimientos Administrativos española de 1958, cuyo modelo seguimos casi al detalle en nuestra única Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981. Quizás sea conveniente señalar que esa ley española (nuestro modelo), sufrió una reforma casi total en 1992, texto que a su vez fue modificado parcialmente en 1999.

Hasta aquí hemos tratado de narrar en forma, por lo demás sucinta, el iter seguido en Europa en la formación del concepto de procedimiento administrativo, pero dejamos constancia que en ese continente a partir de la década de los treinta del siglo pasado se inició un proceso intenso de reflexión y discusión doctrinaria sobre el procedimiento administrativo, que encontró un cauce en el Derecho positivo en la Ley Alemana sobre el procedimiento administrativo de 1976, el cual, según la doctrina, recogió en su texto tanto la

noción formal como sustancial de procedimiento administrativo, y ha servido de fuente a leyes posteriores, como la italiana de 1990, modificada en el 2000, y la española de 1992, modificada en 1999.

4.1.1.2. **Referencia conceptual**. Es dable suponer que la vigencia de una ley general sobre el procedimiento administrativo, como la austríaca de 1925, constituyó un concreto punto de partida para abrir las discusiones sobre el procedimiento administrativo, lo que condujo a que la doctrina, sobre todo la italiana, con Sandulli como su mayor exponente, se decantara en su monografía sobre el procedimiento administrativo, publicada en 1940, por proponer una concepción meramente formal de procedimiento, que aludía básicamente a su estructura, es decir, a la secuencia de actos y operaciones, realizados tanto por la Administración como por los interesados, previstos en la ley, con la finalidad de emanar un acto terminal o definitivo que produjera efectos jurídicos frente a sus destinatarios.

En el marco de esa concepción doctrinaria, visto que anteriormente esas actuaciones previas secuenciales o seriadas carecían de relevancia jurídica, recayendo toda la importancia, como ya expresamos, en el acto conclusivo o definitivo, la definición del procedimiento estaba destinada a realizar una especie de disección del mismo en fases claramente diferenciadas, en cada una de las cuales como apunta MORBIDELLI (1993), son identificados "los actos que la integran, su naturaleza, su función y sus efectos, derivando de tal disección las consecuencias relativas a las situaciones jurídicas inherentes a cada una de las fases, pudiendo de esa manera determinar los efectos de la falta o invalidez de los actos comprendidos en la secuencia procedimental". Es preciso advertir que esta tesis, precisamente por su carácter meramente formal, coloca todo el acento sobre el conjunto de actos y operaciones que preceden al proveimiento, llegando inclusive en orden a la referida formalidad, a desvincular la indicada secuencia de actos y operaciones, del proveimiento definitivo.

El rigor formal de la mencionada concepción dio lugar a un conjunto de críticas que condujeron a la formulación de la concepción **sustancial**, que postula una estrecha vinculación entre el procedimiento, concebido formalmente, y el acto definitivo, sobre la base de la necesaria ponderación de los intereses públicos y privados que debe realizar la Administración, a los fines de la emanación del mencionado acto conclusivo. En realidad esa secuencia previa de actos funciona, según la concepción sustancial, como el marco o el contexto o el ámbito estructural, en el cual la Administración después de

haber comprobado los hechos e identificado los intereses en juego, públicos y privados, procede a valorarlos, a los fines de adoptar el acto.

Insistimos en que la tesis sustancial, a diferencia de la formal, coloca el acento en la necesidad de ponderar los intereses en juego para poder dictar el acto administrativo, pero reconociendo que ese deber sólo puede ser cumplido por la Administración si verifica los hechos y los intereses vinculados a los mismos, mediante la secuencia de actos y operaciones, constitutivos del procedimiento en su acepción **formal**, de tal manera que sólo es posible formular la tesis sustancial si se admite la relevancia de la formal.

Ahora bien, conviene señalar que como consecuencia de la consagración de los denominados derechos fundamentales en las Constituciones europeas promulgadas en los años siguientes a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, la tesis sustancial cobra mayor sustentación, debido a que en la indicada ponderación de los intereses en juego, la Administración está obligada a regirse por el principio de la imparcialidad y, en consecuencia, está obligada a verificar los hechos, a permitir el contradictorio y a motivar el acto, dando lugar al denominado "procedimiento-garantista" o "procedimiento-participación".

Algunos autores suelen referirse a los modelos de procedimiento procesales o judiciales, para referirse a la noción formal, y políticos o democráticos, para referirse a la noción sustancial para, a partir de esa clasificación, proponer un modelo mixto que combine los elementos esenciales de los dos anteriores, pero ya hemos indicado que la concepción sustancial no resulta explicable sino se asienta conceptualmente en la formal, de tal manera que la primera desde su origen abarca a la segunda, pues sin ésta no es posible la verificación de los hechos involucrados en el asunto, ni identificar los intereses vinculados a los mismos, para que se realice la ponderación o valoración de esos intereses, con la finalidad de emanar el proveimiento. Sin embargo, debe precisarse que esa verificación e identificación tampoco resulta posible a partir de la promulgación de las mencionadas Constituciones, sin la participación en el procedimiento de los interesados y, por tanto, sin la fase de sustanciación, el acceso al expediente, el contradictorio y la motivación del acto.

En fin, como sostiene la doctrina italiana, el procedimiento es la **forma**, pero igualmente es la **sustancia** de la función administrativa, y

actualmente el denominado "justo procedimiento" o "debido procedimiento", no resulta compatible con las modernas doctrinas jurídicas sin la adecuada armonización de sus elementos formales y sustanciales, a los cuales nos hemos referido anteriormente.

4.1.2. **El procedimiento sancionatorio como una modalidad del procedimiento administrativo**. De conformidad con la línea argumental seguida en los acápites anteriores, el procedimiento administrativo además de ser elevado a la categoría de principio del Derecho Administrativo constituye actualmente un instrumento fundamental para aproximar más el ciudadano a la Administración, acortando la distancia original planteada en la relación autoridad-libertad, que servía de sustento a la mencionada disciplina jurídica. En el contexto de ese marco conceptual es posible, inclusive deseable por razones de seguridad jurídica, que en cualquier país por vía legislativa se establezca un procedimiento general, a partir de los elementos formales y sustanciales antes examinados. Así por ejemplo, ese procedimiento debería comprender principios generales, inclusive de rango constitucional, tal como el de la participación de los interesados, la reserva legal, si fuere el caso, y las garantías formales y sustanciales de carácter procesal, tales como el contradictorio, el derecho de acceso al expediente, la estructuración en fases, sobre todo la de sustanciación o de instrucción, y la motivación de la decisión, todo ello recogido en la correspondiente normación.

Un procedimiento concebido en esos términos resulta aplicable en principio a toda actuación realizada por la Administración Pública, pero en virtud de que ésta aparece sectorizada en función de la especificidad de los intereses públicos que le corresponde tutelar, puede resultar conveniente, y así ocurre en algunos países que, atendiendo a la pluralidad de actividades originadas en la multiplicidad de intereses públicos, a los referidos principios fundamentales del procedimiento, se añadan un conjunto de reglas sectoriales y especializadas, con la finalidad de modelar un procedimiento ajustado a las particularidades de cada sector material. De tal manera que el procedimiento queda estructurado con unos elementos básicos, aplicables a cualquier ámbito material, y unos elementos complementarios establecidos para atender la particularidad de determinadas materias.

Pero puede ocurrir también que los intereses públicos que corresponda tutelar a la Administración estén revestidos de tanta complejidad e importancia, que se imponga el diseño de un procedimiento general destinado únicamente a disciplinar la actuación de los órganos administrativos

cuando les corresponda cuidar esos intereses. De esa naturaleza son los intereses involucrados en el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte de la Administración Pública, cuya legitimidad, como indicamos en el Capítulo I, durante mucho tiempo estuvo sometida a discusión, porque implicaba teóricamente una lesión al principio constitucional de separación de poderes, y en la actualidad la discusión se ha traslado a la necesidad de consagrar reales y efectivas garantías de los ciudadanos frente a ese inmenso poder de la Administración Pública.

Por otra parte, resulta indudable la dimensión tanto cuantitativa como cualitativa de la potestad sancionatoria de la Administración, pues su finalidad netamente aflictiva que puede ir, en el caso venezolano, desde una sanción pecuniaria a una sanción corporal, motivo por el cual en casi todos los ordenamientos se ha optado por consagrar al lado del procedimiento general administrativo, un procedimiento administrativo sancionatorio común. Por supuesto que el segundo no será más que una concreción de los principios básicos del primero, con la finalidad de ajustarlo a la particular actuación que ha de realizar la Administración al ejercer la potestad sancionatoria sobre los administrados; de allí, pues, que el procedimiento sancionatorio, con todas las particularidades que pueda revestir, no es más que una modalidad o especie del procedimiento general administrativo.

4.2. **Principio de legalidad procedimental o garantía del procedimiento sancionatorio**.

4.2.1. **Garantía material y garantía formal**. Reiteramos que el procedimiento administrativo es el cauce natural y obligatorio por el cual debe discurrir toda la actividad de la Administración, de tal manera que existe una relación de causalidad entre procedimiento y acto administrativo, cuya ruptura está prevista en algunos ordenamientos, en forma excepcionalísima, cuando así lo disponga la ley. Por lo tanto, el procedimiento es elevado a la categoría de garantía de los ciudadanos, en virtud de que cualquier acto emanado sin la realización del correspondiente procedimiento configura una situación que suele tipificarse como causal de nulidad absoluta, bajo la denominación de prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido (art. 19 LOPA).

Si la referida garantía es exigible en la emanación de todo tipo de acto administrativo, con mayor razón debe predicarse su exigencia cuando se trate de la imposición de una sanción, pudiendo la misma quedar recogida en una

regla que establezca la prohibición de todo tipo de acto administrativo sin la incoación del debido procedimiento, salvo las excepciones que establezcan las leyes, pero esa regla, que será examinada más adelante, adquiere un carácter absoluto, cuando se trate actos sancionatorios, en virtud de que en esa hipótesis no se admite ningún tipo de excepción, dado que están proscritas las denominadas "sanciones de plano".

No cabe duda entonces que el procedimiento sancionatorio desde el punto de vista material constituye una verdadera garantía, pues implica la participación de los interesados en la defensa de sus derechos, la cual encuentra concreción en la misma estructura del procedimiento (fases, contradictorio, secuencia obligatoria de actos, motivación del proveimiento), y en los atributos del mencionado derecho (acceso al expediente, alegatos, pruebas e informes). Cabe destacar que la concepción normativa del procedimiento sancionatorio, como una garantía material, refleja la necesaria aplicación de aquellos principios constitucionales mencionados anteriormente, cuya recepción en el iter procedimental administrativo, dio lugar a que la doctrina comenzase a denominarlo "procedimiento-garantía" o "procedimiento-participación", y más tarde procedimiento político o democrático.

Ahora bien, conviene precisar que ese carácter material del procedimiento-garantía, según las previsiones de cada ordenamiento jurídico, puede quedar recogido en normas de rango legal o de rango sublegal, o en ambos tipos de normas. En ese orden de razonamiento, cuando el ordenamiento establece que el procedimiento sancionatorio únicamente puede ser regulado mediante ley formal o acto con fuerza de ley, suele hablarse del "principio de legalidad procedimental"; en cambio, cuando un ordenamiento admite que puede ser disciplinado tanto por vía legal como reglamentaria, entonces la doctrina prefiere acudir a la denominación "garantía de procedimiento". Por supuesto, que el principio de legalidad procedimental origina una concepción de procedimiento sancionatorio que abarca tanto a la exigencia de la garantía material como a la garantía formal, en razón de que al ser consagrado no sólo debe responder a los principios constitucionales relativos a la participación de los particulares y a la defensa de sus derechos, sino que su consagración debe realizarse únicamente mediante normas de rango legal.

El examen de cada ordenamiento, en el contexto del marco doctrinario antes delineado, conducirá a determinar si rige el principio de legalidad procedimental, o la garantía de procedimiento. Esa determinación permitirá orientar en su ejercicio y actividad a los operadores jurídicos, pues si

prevalece el principio de legalidad procedimental, la tendencia apuntará hacia la consagración de un procedimiento general sancionatorio común, lo que no obsta para que puedan establecerse en determinadas leyes sectoriales procedimientos especiales sancionatorios. Aunque esta solución en principio pudiera atentar contra el principio de igualdad y, consecuencialmente, contra el de seguridad jurídica, porque como bien afirma GONZÁLEZ PÉREZ (2000): "El procedimiento administrativo sancionador es uno de los procedimientos administrativos que pueden considerarse comunes, ya que no está vinculado a la materia administrativa en la que se hubiese cometido la transgresión jurídico administrativa, tanto si la infracción se produce en el ámbito urbanístico, como en el de la seguridad ciudadana... Los principios y garantías que informan su reglamentación imponen una tramitación que no existe razón alguna para que sea diferente según la materia, como no existe un proceso penal para cada tipo de delito". En cambio, si se admite la garantía de procedimiento, el sancionatorio, o los sancionatorios, si fuere el caso, podrían ser diseñados tanto por normas de rango legal como sublegal.

4.2.2. **Las garantías derivadas de la formulación normativa del procedimiento sancionatorio**. Se trate de la "garantía de procedimiento" o del "principio de legalidad procedimental", de todas maneras el análisis de la correspondiente regulación permite derivar, en una perspectiva tanto doctrinaria como didáctica, las garantías que tornan operativo el procedimiento sancionatorio. A continuación procedemos a describirlas sucintamente:

4.2.2.1. **La prohibición de las "sanciones de plano"**. Esta prohibición no es más que la consecuencia de la garantía, antes examinada, relativa a la necesaria exigencia de la tramitación previa de un procedimiento para poder imponer válidamente una sanción administrativa. Concebida en forma de prohibición, es una de las garantías más importantes que informa al actual procedimiento sancionatorio, pues hasta mediados del siglo XX la Administración, inclusive facultada por las leyes, imponía sanciones sin realizar ningún tipo de actividad procedimental, pues le bastaba solamente su "autoridad" para dictar el acto sancionatorio. Sin dudas que ese tipo de actuaciones no hacía más que concretar el ejercicio del "poder de policía", heredado del Estado Absoluto, al que nos hemos referido en páginas anteriores, y originaba las denominadas "sanciones de plano".

Las "sanciones de plano", que todavía en algunos países son aplicadas de manera excepcional, se caracterizaban, como ya indicamos, por ser impuestas sin la tramitación de procedimiento alguno, y por ende, sin la

participación del presunto infractor, o bien como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (1998), acudiendo a un supuesto procedimiento secreto, que permitía a la Administración "sancionar en base a sus propias investigaciones, dando por probados los resultados de las mismas, y determinando unilateral y secretamente la realidad y la ilegalidad de la conducta, la culpabilidad del sujeto pasivo y la licitud de la sanción a imponer".

Por supuesto, que por razones elementales de lógica jurídica y constitucional debe rechazarse la tesis que en tiempos no tan lejanos se manejó en algunos países, para tratar de justificar este tipo de sanciones, que consistía en invocar el procedimiento de segundo grado (revisión), o el contencioso administrativo, para que el sancionado pudiese ejercer su derecho a la defensa, pues es obvio que el pretendido ejercicio de dichos recursos no subsana la falta de audiencia del interesado, el acto de descargo, la fase probatoria, etc. Tempranamente el Tribunal Constitucional de España, país en el cual durante el régimen franquista se admitía la validez de la clase de sanciones administrativas bajo examen, rechazó dicha tesis al declarar que resultaba contrario a la Constitución "la imposición de una sanción sin observar procedimiento alguno y, por tanto, sin la posibilidad de audiencia previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto no se consolide y se haga firme". (Sentencia del 8 de junio de 1981).

En suma, si existe una garantía material que informe el principio del procedimiento sancionatorio importante, si acaso no es la más importante, es precisamente la implicada en la prohibición bajo examen, porque ella no hace más que concretar en forma particular el axioma que permite predicar la inexistencia de sanción sin la tramitación de un procedimiento previo.

4.2.2.2. **La predeterminación del procedimiento**. Señala GARBERI LLOBREGAT (1998), que no basta que la sanción impuesta resulte de la tramitación de un procedimiento previo, sino que ese procedimiento debe ser aquel expresamente previsto en la Ley, o el reglamento, si fuere el caso. Por supuesto, que la exigencia de esta garantía carece de sentido en aquellos ordenamientos que contemplan un único ordenamiento sancionatorio creado por instrumentos normativos de rango legal y, por el contrario, se justifica, cuando el ordenamiento prevea una pluralidad de procedimientos sancionatorios, que puedan ser creados tanto por normas de rango legal como sublegal.

Por otro lado, independientemente de la situación que caracterice los ordenamientos, la importancia de la exigencia de la garantía de la predetermina-

ción del procedimiento sancionatorio radica en que impide la creación de procedimientos para sancionar conductas anteriores a su entrada en vigencia. De tal manera que la inexistencia de procedimiento, en principio, torna nugatorio el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración; no obstante, en esa hipótesis bastante atípica será necesario recurrir a la aplicación analógica de otras normas del ordenamiento que contengan procedimientos sancionatorios, desde luego, si ello resulta posible. Sin dudas que nunca se presentará esa situación si existe un procedimiento sancionatorio general, aun cuando se admita que se puedan crear procedimientos sancionatorios especiales mediante leyes administrativas sectoriales.

Cabe advertir que algunos ordenamientos suelen crear los denominados "procedimientos abreviados" y "simplificados", invocando razones de economía procedimental y de oportunidad. Sin embargo, la validez de tales procedimientos está condicionada al cumplimiento por parte de la Administración de los trámites esenciales, tales como, el acceso al expediente, el acto de descargo (alegatos), las pruebas, la motivación de la decisión, dentro de los lapsos fijados en las normas correspondientes.

La doctrina ha diferenciado entre procedimiento abreviado y procedimiento simplificado, al señalar que el primero tiene su origen en una simple reducción de los lapsos legales, siempre que dicha reducción no comporte un sacrificio al derecho a la defensa de los interesados, de tal manera que un procedimiento de esta clase debe reflejar en la duración de sus lapsos para la realización de los correspondientes trámites, un equilibrio entre el principio de celeridad y el derecho a la defensa, y en caso de que se suscite un conflicto derivado de la inexistencia del aludido equilibrio, parece lógico que prime el derecho a la defensa, de rango constitucional, sobre el principio procedimental de celeridad, que tiene fundamentación legal. En cambio, un procedimiento simplificado que, desde luego, también debe preservar el respeto al derecho a la defensa de los investigados, implica la creación de una especie de nuevo procedimiento, generalmente montado sobre la idea del reconocimiento voluntario de la culpabilidad por parte del investigado, como en el caso del procedimiento monitorio en Alemania, y el pago reducido de la multa en Italia, citados por Garberí Llobregat.

En el primero, la Administración ante una falta leve cometida por un administrado, sin llegar a abrir el procedimiento ordinario, le propone al presunto infractor imponerle una multa mínima, si éste acepta pagar la multa dentro de los siete días siguientes, concluye el procedimiento simplificado, y

si rechaza la proposición de la Administración, se abre el procedimiento sancionatorio ordinario. En el segundo, al terminar la fase de sustanciación, y elaborarse la proposición de la resolución sancionatoria para remitirla al órgano que le corresponde decidir, el investigado puede optar por pagar la tercera parte de la multa prevista para la infracción, con lo cual termina el procedimiento sancionatorio ordinario, evitándose así los trámites relativos a los informes y a la fase conclusiva o decisoria, de lo contrario continuará el curso del procedimiento.

De la diferencia entre procedimientos abreviados y simplificados, se desprende que con la creación de los primeros el riesgo de que se configuren casos de violaciones del derecho a la defensa aumenta, en virtud de que la abreviación puede resultar tan drástica que en la práctica signifique una verdadera supresión de los lapsos previstos para ejercer todos y cada uno de los atributos en que se desagrega el aludido derecho. Por supuesto, que al ser creado el procedimiento abreviado por vía normativa, siempre será posible su impugnación con la pretensión de lograr su inaplicación o su anulación, según el caso. Sin embargo, la situación se agrava cuando ante la inexistencia de un procedimiento general sancionatorio, la Administración pretende crear esgrimiendo una supuesta potestad discrecional un procedimiento, además abreviado, para ejercer su potestad sancionatoria en determinado ámbito material.

La sola creación de un procedimiento abreviado por la Administración infringe la garantía de la predeterminación del procedimiento, pero igualmente infringe el derecho a la defensa implícito en esa garantía, si el procedimiento es creado mediante ley con la debida antelación, pero con lapsos tan reducidos que tornan nugatorio el ejercicio de dicho derecho. Corresponderá a los órganos jurisdiccionales, ponderando la particularidad de la potestad ejercida por la Administración, así como la importancia de los intereses públicos tutelados, determinar la razonabilidad de los lapsos del procedimiento abreviado.

4.2.2.3. **La tendencia a exigir la separación entre los órganos encargados de las fases de instrucción y de decisión**. Cabe recordar que en materia penal, atendiendo al principio del juez imparcial, está proscrita la acumulación de las fases de instrucción y de decisión en un mismo órgano judicial, pues se supone que quien investiga, sustancia o instruye el proceso al ponerse en contacto directo con el acusado, con los hechos, circunstancias y, en general, con los presuntos responsables del delito, de alguna manera

ve afectada su imparcialidad, bien a favor o en contra del acusado; de allí, pues, que en un sistema acusatorio como el penal, casi todos los ordenamientos hayan optado por encomendar las fases de instrucción y de decisión a tribunales distintos, buscando preservar un principio fundamental en la administración de justicia, de rango constitucional, como el de imparcialidad o, mejor, el derecho al juez imparcial.

Pues bien, una parte de la doctrina administrativa pretende extrapolar la garantía del juez imparcial, propio del proceso penal, al procedimiento sancionatorio, al afirmar que éste debe configurarse normativamente, de tal manera que las fases de instrucción y de decisión sean atribuidas a órganos distintos, sin que bajo ninguna circunstancia se permita la acumulación de las actuaciones correspondientes a dichas fases en un mismo órgano. Sin dudas que en la referida tesis late la "ratio" garantista que a la luz de los valores constitucionales debe presidir el ejercicio de la exorbitante potestad sancionatoria de la Administración Pública; no obstante, parece que sus autores parten de un falso supuesto, al pretender equiparar, a los fines de invocar la garantía del juez imparcial, el Poder Judicial al Poder Ejecutivo, o mejor a la Administración Pública.

En efecto, las diferencias entre ambos poderes públicos son muchas y significativas. Para empezar en cuanto concierne al punto bajo examen, cabe observar que en la gran mayoría de los países los jueces son independientes y autónomos en el ejercicio de sus funciones, constituyendo los únicos límites de su actuación su formación intelectual y su formación ética, razón por la cual no guardan ningún tipo de dependencia ni con los restantes órganos del Poder Judicial, ni con ningún otro órgano de los restantes Poderes Públicos, y mucho menos con entes o individualidades del sector privado. Desde luego, que sus decisiones están sujetas al control de legalidad y de constitucionalidad de los respectivos tribunales superiores, pero en todo caso la fórmula organizativa que le sirve de soporte al Poder Judicial es la coordinación.

En cambio, la Administración Pública está estructurada organizativamente sobre la base de la **jerarquía**, que es una fórmula totalmente contraria a la autonomía, articulada sobre los poderes y deberes de supra y subordinación, que implican predicar una relación de dependencia, casi existencial entre el superior y el inferior, que encuentra su máxima concreción en el jerarca supremo, en lo tocante a la esfera de competencia del órgano complejo o de la figura subjetiva. Por consiguiente, el titular del órgano

administrativo al estar insertado en la estructura piramidal que caracteriza a la Administración Pública, a diferencia del Juez, carece totalmente de autonomía e independencia.

La descripción anterior de la estructura organizativa y funcional tanto del Poder Judicial como de la Administración Pública, permite comprender la exigencia de la garantía del juez imparcial en el proceso penal, pero la torna de difícil comprensión en el marco del procedimiento sancionatorio administrativo, pues si bien es posible utilizar la expresión "justicia administrativa" para referirse a la actividad desplegada por la Administración cuando ejerce la potestad sancionatoria, debe reconocerse que se trata de una mera referencia literal, quizás con un valor didáctico, pero sin casi ningún valor sustantivo, porque la idea de "justicia" en términos jurídicos, únicamente encuentra concreción si aparece asociada a la garantía del juez imparcial, y es harto sabido que en el procedimiento sancionatorio la autoridad administrativa es "juez y parte".

Inclusive en el supuesto hipotético de que el titular de un órgano administrativo pretendiese asumir el rol de "juez imparcial", al estar sujeto al control del superior jerárquico, es obvio que éste le puede impartir las instrucciones acerca de la dirección que debe seguir en la emanación de la decisión, y desde luego que estará obligado a acatarlas, so pena de incurrir en la causal de insubordinación. De modo, pues, que resulta un verdadero error equiparar al titular de un órgano administrativo que ejerce la potestad sancionatoria, a un juez penal que le corresponde resolver una controversia, o mejor dicho, ejerce una modalidad de función jurisdiccional, en la que está en juego la libertad personal.

De allí, pues, que la tesis sobre la separación de las fases de instrucción y de decisión en el procedimiento sancionatorio, con la finalidad de atribuirlas a órganos distintos, montada sobre el referido falso supuesto, con la finalidad de extrapolar la garantía del "juez imparcial" del proceso penal, al mencionado procedimiento, debe ser rechazada. Más aún, si un ordenamiento la recibiera, y en consecuencia atribuyese dichas fases a titulares de órganos administrativos distintos, sin dudas que la recepción tendría un valor meramente formal, en virtud de que se trataría de una mera división del trabajo, debido a que siempre entre ambos funcionarios subsistirá una relación de jerarquía que impedirá, en estricta puridad jurídica y conceptual, exigir legalmente que ellos adopten la posición del "juez imparcial".

En definitiva, a la luz de los razonamientos anteriores, no puede erigirse en garantía del procedimiento sancionatorio la exigencia de la atribución de la instrucción y de la decisión a órganos distintos, de tal manera que resulta válido acumular ambas fases del procedimiento en un mismo órgano, pudiendo realizarse la separación formal mediante la asignación de cada fase a unidades administrativas del órgano, o a órganos simples de un órgano complejo, supuesto en el cual, insistimos, la separación tendrá carácter meramente formal, porque al fin y al cabo la dirección del procedimiento corresponderá al máximo jerarca del órgano.

4.3. **La estructura del procedimiento sancionatorio**.

4.3.1. **La fase de iniciación**.

4.3.1.1. **Las actuaciones previas**. Cabe advertir que en cualquier estudio del procedimiento sancionatorio, al examen de su estructura debería dedicarse su mayor parte, en virtud de que correspondería estudiar en términos generales cada una de las fases en las cuales se desagrega; y en segundo lugar, en forma analítica cada uno de los trámites de las referidas fases, sobre todo aquellos que encuadran en la fase de sustanciación o instrucción, porque son los que permiten que el investigado despliegue casi todos los atributos del derecho a la defensa, que a la postre concretan su derecho a participar en el procedimiento.

Abordar de esa manera el punto en cuestión implica realizar el estudio de un modelo de procedimiento concreto, que en nuestro caso sería el venezolano, que como hemos afirmado no existe. Por esa razón nos limitaremos a examinar sucintamente los lineamientos generales sobre el procedimiento, y por ende, sobre su estructura, para a partir de ellos, intentar inferir algunas conclusiones de la situación venezolana. En ese orden de razonamientos, debemos previamente señalar que la estructura del procedimiento sancionatorio, como modalidad o especie del procedimiento administrativo general, reproduce la de éste, en virtud de que está integrada por las fases de iniciación, de sustanciación o de instrucción y de decisión.

La primera, como su denominación lo indica, comporta la emanación del acuerdo de iniciación del procedimiento, recogido en un auto, siguiendo la terminología procesal, o acto, siguiendo la terminología administrativa, denominado de “apertura” o de “inicio”. Para ello se requiere generalmente el impulso de la propia Administración, actuando de oficio, de cualquier ciuda-

dano, sea o no funcionario público, mediante la denuncia, o el requerimiento del titular de un órgano administrativo o de un ente del sector público. Desde luego, que los ordenamientos pueden incluir otros actos revestidos de la entidad necesaria para impulsar la iniciación del procedimiento, pero los mencionados son los que con más frecuencia figuran en las leyes procedimentales administrativas.

Pareciera lógico que la Administración, sobre todo cuando se trate de denuncias, y requerimientos de los titulares de órganos y entes del sector público, que antes de acordar iniciar el procedimiento sancionatorio, realizase las denominadas **actuaciones previas**, con la finalidad de determinar en un plazo perentorio si efectivamente existen indicios o circunstancias que aconsejen iniciar el procedimiento. La tendencia que se observa en algunas legislaciones es a establecer el carácter facultativo de esas actuaciones, porque recibida la denuncia o el requerimiento, se presume que el órgano administrativo competente está dotado de las herramientas y de los conocimientos especializados para verificar en forma preliminar su fundamento, y sin necesidad de realizar ningún otro tipo de actuación, decidir si inicia o no el procedimiento sancionatorio.

Sin embargo, la actual complejidad de las situaciones en las cuales se originan, la mayoría de las veces, las infracciones administrativas, conduce a pensar que esas **actuaciones previas** deberían realizarse en todo caso de denuncia o requerimiento, las cuales, dicho sea de paso, si obedecen a la finalidad prevista en la ley, deberán limitarse a constatar la existencia de los hechos que pueden constituir la eventual infracción, a la identificación de los presuntos responsables, así como a constatar las circunstancias que concurran en unos y otros, como lo establece el artículo 12.1 del Reglamento español del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

Como se trata de una mera constatación de hechos y de identificación de los presuntos responsables, constituye un error de algunos ordenamientos pretender convertir a las **actuaciones previas** en una especie de "mini" procedimiento sancionatorio, con participación de los presuntos responsables, inclusive abriendo una fase probatoria, pues éstas al perseguir la indicada finalidad deben ser cumplidas únicamente por la Administración, sin que formen parte del procedimiento, el cual como es obvio todavía en esa etapa resulta inexistente. Por esa misma razón tienen carácter reservado, ya que si de su realización se desprende en forma preliminar que la conducta denunciada no constituye infracción administrativa, por ni siquiera estar

prevista como tal en la ley, lo que corresponderá al órgano administrativo competente será archivar las actuaciones y, en consecuencia, se abstendrá de abrir el procedimiento.

En nuestro criterio, en todo procedimiento sancionatorio deberían disciplinarse puntualmente las **actuaciones previas**, explicando en qué consisten o a qué se limitan, determinando su alcance, con el objeto de evitar que lleguen a convertirse, debido una interpretación errónea realizada por la Administración del dispositivo que las prevea, en una investigación a espaldas del interesado, que incluso lleguen a anticipar los trámites propios de la fase de sustanciación. Y en ese contexto somos partidarios de establecerlas con carácter obligatorio en las hipótesis de los actos de denuncia y de requerimiento de titulares de los órganos administrativos y de los entes del sector público, en razón de que en determinadas materias resulta sumamente difícil que un ciudadano cualquiera, o el titular de un órgano administrativo pueda formular una denuncia o un requerimiento fundados, lo que a la postre tornaría nugatorio, en aquellos ordenamientos que lo prevean, el derecho de la participación de los ciudadanos en los procedimientos sancionatorios.

Se realicen o no las **actuaciones previas**, en caso de denuncia o requerimiento, el órgano competente está obligado a pronunciarse dentro de un plazo perentorio, que debe estar expresamente fijado en la Ley, porque de lo contrario se corre el riesgo, en primer lugar, de que la Administración considere que el plazo para las actuaciones es *sine die*, y en segundo lugar, que aun cuando no realice este tipo de actuaciones, se abstenga de tramitar la denuncia o el requerimiento (no es el caso del inicio de oficio) inmediatamente, pudiendo hacerlo en el momento que lo estime más conveniente, independientemente del tiempo transcurrido, lo que sin dudas colide con el principio de seguridad jurídica. De modo, pues, que la Administración está obligada a emanar su pronunciamiento dentro del plazo fijado por la Ley, y si no lo hace, pensamos que ese silencio debería reputarse como negativo, es decir, que sería equivalente a la desestimación de la denuncia o del requerimiento; y, por consiguiente, a declarar la improcedencia de la apertura del procedimiento.

Sea que exista una desestimación expresa, o presunta si fuere el caso, de la denuncia o del requerimiento, quedaría por determinar en cada ordenamiento el carácter que se le otorga a la denuncia y al requerimiento, porque si son equiparados atendiendo al marco conceptual propio de Derecho Penal, habría que admitir que los denunciantes y los requirentes

no son interesados, en términos del Derecho Administrativo, así como no son partes en el Derecho Penal los primeros; y, en consecuencia, carecerían de legitimación, por ejemplo, para solicitar ante el superior jerárquico la revisión de esa decisión.

En cambio, si el derecho a la participación en la gestión pública está consagrado en la Constitución, tal vez sería posible arbitrar la solución contraria, lo que ciertamente no deja de suscitar dudas, porque si se les permite cuestionar la decisión que declara la improcedencia de la iniciación del procedimiento, entonces con mayor razón habría que conferirles el carácter de interesados en el curso del procedimiento, pudiendo en consecuencia hasta impugnar la decisión definitiva cuando el pronunciamiento de la Administración sea absolutorio. Insistimos en que sólo se podrá asumir una posición examinando cada ordenamiento jurídico.

4.3.1.2. **Contenido del acuerdo de iniciación del procedimiento (auto apertura)**. Si el órgano competente decide iniciar el procedimiento dictará un acuerdo, que recibe la denominación, según los distintos ordenamientos, de "auto de inicio" o "auto de apertura", o "acto de inicio" o "acto de apertura", cuyo contenido, que puede variar de ordenamiento en ordenamiento, pero no de manera significativa, está limitado a los siguientes elementos: a) la identificación del presunto o presuntos responsables de la infracción. Resulta evidente que este es un dato básico del auto bajo examen, porque el procedimiento se abre o se inicia en contra de determinada o determinadas personas que se consideran como los autores de una o varias infracciones administrativas, sin que tal identificación impida que en el curso del procedimiento puedan reputarse como infractores a otras personas. Esto quiere decir que la Administración no está limitada por la identificación contenida en el auto de apertura o de inicio, pudiendo, por ejemplo, en el curso de la fase de sustanciación, proceder a identificar a otros presuntos responsables.

b) Los hechos, expuestos en forma sucinta, que configuran la infracción, que originan la iniciación del procedimiento. Por supuesto, que este elemento es tan importante, o más importante que el anterior, en virtud de que se trata de definir en forma breve las conductas, comportamientos, así como las consecuencias de los mismos, cuya ocurrencia necesariamente deberá ser comprobada por la Administración en el curso del procedimiento, los cuales resultan susceptibles de ser encuadrados en algunas de las causales de ilícitos administrativos contempladas en el respectivo texto legal.

Se trata en definitiva de que a los fines de preservar el derecho a la defensa de los inculpados o interesados, éstos conozcan desde el mismo inicio del procedimiento, los hechos que se les imputan, así como su calificación jurídica, lo que obliga necesariamente a señalar en el auto de apertura, los preceptos legales en los cuales podrían subsumirse esos hechos. Así mismo deben identificarse las posibles sanciones que podrían corresponderles a los que resulten responsables. Queda claro entonces que este elemento alude a los fundamentos fácticos y jurídicos del auto de apertura, y se corresponde con el denominado acto o pliego de cargos previsto bajo la influencia del Derecho penal, todavía en algunas legislaciones.

c) La identificación, si fuere el caso, del órgano competente para instruir el procedimiento, así como el órgano competente para decidirlo, y las correspondientes normas atributivas de esa competencia. Este elemento del auto de apertura tiene como finalidad poner en conocimiento de los interesados la identificación de los titulares de los aludidos órganos, para permitirles que ejerzan el derecho a recusarlos en el supuesto de que se configuraren las causales legales. En algunos ordenamientos se suele añadir a este elemento, la indicación al presunto responsable de que puede admitir voluntariamente su responsabilidad en los hechos, y que en ese supuesto se le disminuirá la sanción, si existe una previsión en ese sentido.

d) Si así estuviere previsto expresamente en la Ley, las medidas cautelares o provisionales adoptadas por el órgano competente para iniciar el procedimiento, o para dictar la decisión, según las normas atributivas de esa competencia. Insistimos en que únicamente podrán dictarse este tipo de medidas cuando exista una norma expresa, y desde luego, cuando además estén plenamente probados los requisitos que condicionan su emanación, debido a que materialmente estas medidas, la gran mayoría de las veces, no hacen más que adelantar la imposición de la sanción.

e) Aunque esté contemplado en la Ley, el auto de apertura debe contener la indicación precisa sobre el derecho del interesado a formular sus alegatos de defensa, así como a promover y evacuar pruebas, dentro de los plazos legalmente establecidos. Aunque pudiera parecer que la inclusión de este elemento resulta redundante, vista la vigencia del principio recogido en el Código Civil, que postula que la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, además del cuestionamiento de un principio propio de los estadios más incipientes del liberalismo jurídico, cabe precisar que con dicha inclusión se pretende reforzar el derecho a la defensa, poniendo en conoci-

miento del interesado o inculpado los atributos que puede ejercer en el curso del procedimiento sancionatorio, así como los lapsos fijados para ese ejercicio.

Por supuesto, que el acto de iniciación del procedimiento (auto de apertura) debe ser notificado, en principio personalmente, al interesado o inculpado. Suelen algunos ordenamientos estatuir que junto con la boleta de notificación además del texto del referido acto, deben anexarse al interesado copias de todas las actuaciones que existan en el expediente, pero si no existiera una previsión en ese sentido, de todas maneras esa omisión quedará subsanada con el derecho de acceso del interesado al expediente, cuyo ejercicio le permite obtener las referidas copias, simples o certificadas, en un término perentorio, salvo de aquellas que excepcionalmente, de conformidad con la Ley, hubieran sido declaradas reservadas.

Cabe advertir que algunos instrumentos normativos, como el citado reglamento español, prescriben que la boleta de notificación del auto de apertura del procedimiento sancionatorio debe contener la advertencia al interesado de que si no comparece a formalizar los alegatos de su defensa oportunamente, el auto de iniciación puede ser considerado como la propuesta de decisión que se elevará ante el órgano competente para decidir, supuesto en el cual resulta suprimida la fase de instrucción o sustanciación del procedimiento.

Quizás en España una disposición de ese tenor pueda ser pertinente, visto que en ese país aparecen claramente delimitadas las competencias de las unidades administrativas encargadas de la sustanciación y de la decisión, y que además el reglamento prevé la elaboración de una propuesta de decisión por parte del instructor, que es notificada al interesado, a quien se concede un plazo para que haga las alegaciones que considere conveniente. No obstante, abrigamos serias dudas acerca de su pertinencia conceptual, máxime si se tiene en cuenta que con el procedimiento se pretende comprobar la culpabilidad de una persona en la perpetración de unos hechos calificados como ilícitos administrativos, para lo que resulta esencial efectuar todos los trámites que integran su fase de sustanciación.

Más aún, esas actuaciones están destinadas a desvirtuar el derecho de la presunción de inocencia del investigado, presunción que subsiste hasta que se dicte la decisión definitiva, de tal manera que dicha decisión únicamente podría proferirse si aparece sustentada en las diligencias cumplidas en la fase de instrucción, bien para declarar o para exonerar de responsa-

bilidad al interesado o investigado. De allí que rechacemos una norma como la contenida en el citado reglamento español, y ese rechazo cobra mayor fuerza en países como el nuestro, en el cual no existe una propuesta de resolución sujeta al cuestionamiento por los interesados.

Debemos aclarar que debe desestimarse cualquier tesis que postule la paralización del procedimiento sancionatorio debido a la voluntad del interesado o inculpado, cuando éste se niegue a comparecer y a formular los alegatos de su defensa en el plazo legalmente establecido, pues sería absurdo condicionar el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, a la sola voluntad de los investigados, tornándola irremediablemente nugatoria. Por consiguiente, ante la falta de comparecencia del investigado, en el sentido indicado, dentro del plazo fijado en la Ley, la Administración está obligada a continuar realizando todos los trámites que integran las diversas fases del procedimiento, hasta su conclusión.

Conviene recordar que todas las actuaciones del investigado en el curso del procedimiento, que constituyen expresiones del ejercicio de su derecho a la defensa, son verdaderas cargas procedimentales, razón por la cual el interesado corre con las consecuencias de su falta de realización oportuna; no obstante, el incumplimiento de una o varias de esas actuaciones, no lo inhabilita para efectuar las subsiguientes. Así, por ejemplo, la falta de comparecencia para formular los alegatos contra el contenido del auto de apertura no le impide, dentro del período fijado legalmente, promover y evacuar pruebas.

En suma, los argumentos anteriores demuestran que la formulación de una advertencia como la contenida en el Reglamento español carece de fundamentación, e inclusive puede llegar a ser incompatible con el derecho de la presunción de inocencia, consagrado constitucionalmente.

Cabe señalar, finalmente, que la fecha de adopción del acto de iniciación del procedimiento reviste mucha importancia en aquellos ordenamientos en los cuales se establecen plazos para la notificación de dicho acto, y para la perención del procedimiento. Así, por ejemplo, en España la Ley establece que en los procedimientos iniciados de oficio, incluyendo al sancionatorio, los plazos se cuentan desde la fecha del acuerdo de iniciación, y no desde la fecha de notificación, de tal manera que si a partir de esa fecha, según establece el artículo 6.2 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, transcurren dos meses sin que se haya producido la notificación, deberán

archivarse todas las actuaciones, e igualmente si a partir de la referida fecha, conforme al artículo 44.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, transcurren seis meses sin que se haya producido y notificado la decisión, operará la caducidad –perención en términos de la LOPA– del procedimiento.

Por supuesto, que la solución normativa española aparece ajustada a su ordenamiento administrativo, y resulta de la concordancia de específicas normas de la Ley que regula el procedimiento administrativo general, y el reglamento sobre la potestad sancionatoria de la Administración. Por tanto, debe convenirse que carecería de validez en otros ordenamientos, como el nuestro, en el que priva el criterio de que cualquier acto de la Administración Pública sólo cobra eficacia a partir de su notificación al interesado. De todas maneras, si alguna vez se llegase a dictar un instrumento normativo que regulase la potestad sancionatoria de la Administración, sería necesario el examen de la aludida solución en el contexto de todo el instrumento, con el objeto de evaluar la conveniencia de adoptarla.

4.3.2. **La fase de sustanciación o instrucción**.

4.3.2.1. **Definición**. Aunque todas las fases que integran el procedimiento sancionatorio son no sólo importantes, sino necesarias, quizás la más importante de todas sea la de sustanciación o instrucción, en virtud de que llevarla a cabo implica el cumplimiento de un conjunto de trámites, bien de oficio o a solicitud del interesado, destinados a comprobar en primer lugar, la ocurrencia de los hechos; en segundo lugar, si esos hechos encuadran en una o varias de las causales de los ilícitos administrativos tipificados legalmente; en tercer lugar, la responsabilidad de los investigados en la perpetración de esos hechos, y en cuarto lugar, a determinar, si así estuviere previsto en la ley, las circunstancias en que se produjeron los hechos, que puedan ser calificadas de atenuantes o agravantes.

Pero cobra más importancia esta fase, porque en ella se conjugan en una especie de juego dialéctico en el contexto del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, el derecho a la defensa y el derecho de la presunción de inocencia. En efecto, con todas las actuaciones propias de esta fase (alegatos de descargo, pruebas promovidas tanto por la Administración como por el interesado, autos para mejor proveer, etc.), el interesado puede y debe ejercer todos los atributos del derecho de defensa, y la Administración debe efectuar todas las diligencias que sean necesarias

para tratar de desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al interesado hasta la decisión definitiva.

Es necesario tener muy en cuenta que en el procedimiento sancionatorio la Administración actúa como "juez y parte", razón por la cual, pese a que intentará demostrar, en su condición de "parte", durante la fase de sustanciación que se produjo una infracción administrativa, y que la misma es imputable al interesado o inculpado identificado en el auto de apertura, en su condición de "juez" deberá valorar en términos imparciales los resultados de las diligencias practicadas a solicitud del interesado, para posteriormente realizar, a la luz de los resultados derivados del cumplimiento de todos los trámites que integran la fase de instrucción, la ponderación de los intereses públicos y privados en juego.

Por tanto, la fase de sustanciación o instrucción puede ser definida como aquella etapa del procedimiento sancionatorio, signada por el deber de impulsión que corresponde a la Administración con la finalidad de comprobar la ocurrencia de los hechos y la culpabilidad del interesado mencionado en el auto de apertura y, en consecuencia, a desvirtuar su presunción de inocencia, y por el derecho del interesado o inculpado a ejercer su defensa en todos y cada uno de sus atributos: alegatos, pruebas, informes, control de las pruebas promovidas por la Administración, con la finalidad de demostrar que los hechos no ocurrieron, o que si ocurrieron no están tipificados como infracciones administrativas, y que si ocurrieron y están tipificados como ilícitos, no son imputables a él, intentado de esa manera mantener incólume la presunción de inocencia que lo ampara constitucionalmente.

4.3.2.2. **El derecho a la defensa**. La Administración tiene el deber de impulsar de oficio la tramitación del procedimiento sancionatorio; por lo tanto, está facultada para realizar todas las diligencias, siempre sometida al control del interesado, que estime conveniente para comprobar los hechos descritos en el auto de apertura. De modo, pues, que está dotada de una amplia potestad en ese sentido, que resulta muy difícil de reducir a actos concretos, nominados, las referidas diligencias, máxime si en casi todos los ordenamientos en la actualidad rige el denominado principio de la libertad de prueba. En cambio, las manifestaciones que puede revestir el ejercicio del derecho a la defensa (atributos), aparecen tasadas en cada ordenamiento. A continuación pasamos a referirnos a cada una de ellas en forma sucinta.

En ese orden de razonamiento GARBERI LLOBREGAT (1998) afirma que la defensa del interesado admite tres expresiones: a) promoción de la

exculpación en forma activa, que se traduce en el derecho a formular los alegatos frente al auto de apertura; b) exculpación en forma pasiva, mediante el ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable; y c) también exculpación en forma activa, mediante la acreditación de los extremos esgrimidos en el escrito contentivo de los alegatos, recurriendo para ello a la promoción y evacuación de pruebas.

4.3.2.2.1. **La formulación de los alegatos frente al auto de apertura**. Recordamos que son elementos esenciales del auto de apertura, la identificación del presunto responsable y la enunciación de los hechos que presuntamente constituyen infracciones administrativas, con la correspondiente identificación de las normas que tipifican dichas infracciones, así como las sanciones previstas en esos casos. Pues bien, frente a dicho auto que de alguna manera constituye una imputación preliminar al interesado, corresponde a éste la carga de formular todos aquellos alegatos de forma y de fondo, destinados a desvirtuar los elementos de esa especie de imputación.

Ha de advertirse que en ordenamientos como el español, pese a que existe el auto de apertura con el contenido antes indicado, la imputación se perfecciona después de finalizada la fase de instrucción, debido a que el titular del órgano instructor está obligado a presentar la proposición de resolución definitiva, que desde luego puede ser sancionatoria o absolutoria. En el primer supuesto, es obvio que debe contener una verdadera imputación, porque resulta de la valoración de todas las diligencias realizadas durante la referida fase de sustanciación. Por esa razón, al inculpado se le concede un plazo para que conteste la proposición sancionatoria (nuevas alegaciones), e inclusive en la hipótesis de que el órgano al que le corresponde decidir acuerde realizar actuaciones complementarias, también este acuerdo será susceptible de contestación mediante la formulación de las alegaciones pertinentes. De modo, pues, que en el derecho español existen teóricamente tres oportunidades para que el interesado o inculpado formule alegaciones, pero sin dudas la más importante de todas es la primera, porque en las dos restantes ya ha terminado la fase de instrucción, y por ende, el período probatorio, razón por la cual estará impedido legalmente para demostrar los extremos de esas alegaciones.

En países como Venezuela existe sólo una oportunidad para formular alegatos, que no es otra que aquella prevista para contestar el contenido del auto de apertura, en virtud de la inexistencia de la proposición de resolución definitiva, así como también de las actuaciones complementarias, una vez

finalizada la fase de instrucción. Conviene advertir que el escrito contentivo de los alegatos presentado por el interesado con objeto de contestar el auto de apertura, da lugar a una especie de nudo argumental, equivalente en materia procesal civil a la denominada "trabazón de la litis".

Ahora bien, esos alegatos pueden ser de forma, verbigracia la incompetencia del órgano, o su falta de imparcialidad; o de fondo, verbigracia el *non bis in ídem*, la prescripción de la infracción, o la inimputabilidad del inculpado, si estuviesen previstas causales de esta naturaleza y, desde luego, la negativa de la ocurrencia de los hechos, o de haberlos cometido, invocando circunstancias fácticas que tiendan a exculparlo. Por supuesto, que la conformación del mencionado "nudo argumental", orienta tanto a la Administración como al Administrado acerca de las actividades indagatorias y probatorias que deben cumplirse en la fase de instrucción.

4.3.2.2.2. **La negativa del investigado a declarar contra sí mismo y a confesar su culpabilidad como expresión pasiva del derecho a la defensa**. Hemos señalado que el inculpado en un procedimiento sancionatorio puede ejercer los atributos del derecho a la defensa desde una perspectiva activa, cuando formula alegatos en los términos antes indicados, o cuando promueve, evacua y controla pruebas, y en fin, presenta informes. Sin embargo, la doctrina ha señalado, y así ha sido recogido en algunos textos constitucionales, que también resulta una expresión clara, pero pasiva, del ejercicio de ese derecho, la abstención o negativa a declarar contra sí mismo y a declararse culpable. Ese "silencio" o "inactividad" del inculpado equivale a una negativa a autoincriminarse, y es conceptuado como uno de los atributos o elementos instrumentales del derecho a la defensa, desde la indicada perspectiva pasiva.

Es necesario reconocer que en casi todas las Constituciones esta garantía aparece referida exclusivamente al proceso penal; sin embargo, en la mayoría de los ordenamientos del mundo occidental, al consolidarse por vía doctrinaria y jurisprudencial la tesis acerca del *"ius puniendi"* único del Estado, ha cobrado fuerza y validez la doctrina que proclama la aplicación, con los debidos matices, al procedimiento sancionatorio administrativo, de las garantías derivadas del principio de legalidad sancionatorio penal, por supuesto, visto en una perspectiva totalizadora, lo que permite abarcar las comprendidas en los derechos a la defensa y del debido proceso. Por tanto, en la actualidad pareciera fuera de toda discusión la vigencia de la garantía de la no autoincriminación en el procedimiento sancionatorio administrativo.

Así lo ha declarado, por ejemplo, en reiterados fallos el Tribunal Constitucional español, entre los cuales cabe citar parcialmente el dictado en 1985, por resultar emblemático en el asunto bajo examen: "No puede suscitar duda alguna que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa al que presta cobertura en su manifestación pasiva, rige y ha de ser respetado, en principio, en la imposición de cualesquiera sanciones administrativas sin perjuicio de las modulaciones que pudiere experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el Derecho Administrativo sancionador, pues los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24.2 de la CE no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración pudiera compeler u obligar al administrado a confesar la comisión o autoría de los hechos antijurídicos que se le imputan o pudieran imputar o a declarar en tal sentido".

Reiteramos que la doctrina mayoritaria considera que la no autoincriminación, expresada en la negativa a declarar contra sí mismo, y a declararse culpable, constituye una expresión del derecho a la defensa, pues cuando el inculpado o investigado opta por guardar "silencio" , debe presumirse que esa actitud se inscribe dentro de la estrategia de su defensa, razón por la cual la Administración queda obligada a respetarle plenamente esa actitud y, por supuesto, resulta incompatible con la Constitución que intente romper dicho silencio, mediante amenazas, presión, inducción o compulsión alguna, pues toda incriminación obtenida acudiendo a esos recursos será absolutamente nula. Inclusive en aras de tutelar el mencionado derecho, el instructor antes de tomarle la declaración al interesado o inculpado, tiene el deber de informarle el contenido de la disposición constitucional o legal en la cual aparece consagrada esta expresión pasiva del derecho a la defensa.

Otro sector de la doctrina estima que esta garantía también constituye una expresión del derecho de la presunción de inocencia, en virtud de que corresponde desvirtuarla a quien acusa, y tiene en consecuencia la carga de la prueba, la cual resultaría invertida si se admitiera la autoincriminación, pues se haría recaer en el inculpado la obligación de aportar una prueba constituida por la aludida autoincriminación. De modo, pues, que este argumento no hace más que reforzar el fundamento teórico de esta extraordinaria garantía aportada al proceso penal en los albores de la Revolución Francesa, ahora trasladada al procedimiento sancionatorio, y bien que sea manifestación del derecho a la defensa o del derecho de la presunción de inocencia, o de ambos, lo importante es que la extensión de su alcance al ámbito administrativo resulta más que necesaria para intentar compensar

desde la perspectiva ciudadana, la exorbitante potestad sancionatoria que actualmente detenta la Administración Pública.

Cabe señalar, por último, que esta garantía obviamente no tiene carácter absoluto, en virtud de que la misma se refiere únicamente a las contribuciones que pueda realizar el inculpado o interesado, que tengan un contenido directamente incriminatorio. Por lo tanto, no podrá invocar la garantía bajo examen, con la pretensión de sustraerse de las diligencias indagatorias o probatorias que pueda acordar realizar en la fase de sustanciación el órgano administrativo competente, pues de lo contrario se vaciaría casi totalmente de contenido la potestad sancionatoria de la Administración Pública, debido a que sus órganos quedarían inhabilitados para dar cumplimiento a los trámites de sustanciación que integran el procedimiento, los cuales resultan fundamentales, como ha quedado demostrado, para intentar desvirtuar el derecho de la presunción de inocencia que ampara al investigado.

Por lo tanto, el administrado está obligado a realizar en el marco del procedimiento sancionatorio todas aquellas contribuciones que no tengan un contenido directamente incriminatorio. Así, por ejemplo, en el curso del procedimiento de determinación de responsabilidad administrativa delineado en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, el investigado ante una pregunta del funcionario instructor sobre el número de órdenes de pagos emitidas, aunque alguna de ellas pueda tener visos de irregularidades, deberá responderla, porque se trata de una diligencia indagatoria sobre su gestión como administrador de bienes públicos.

Y aunque de esa respuesta pudieran derivarse indicios que conduzcan a su eventual sanción, dicha contribución no tiene un carácter directamente incriminatorio, es decir, que con dicha respuesta no se autoincrimina. En fin, esta garantía debe operar en la estricta esfera de su respectiva connotación conceptual, de tal manera que el dispositivo que la consagre no será susceptible de interpretación extensiva, sin que ello conduzca a predicar su sacrificio en aras de tutelar la potestad sancionatoria de la Administración. Se impone, por tanto, en cada caso, lograr un sano equilibrio, para lo cual resulta esencial distinguir entre las contribuciones exigidas al inculpado que tengan un contenido directamente incriminatorio, de aquellas que no lo tengan, o sólo lo tengan de manera indirecta. En conclusión, la garantía únicamente operará frente a las primeras.

4.3.2.2.3. **Las pruebas**. La última modalidad, activa al igual que la primera, del derecho a la defensa, consiste en la utilización por el interesado o inculpado de los medios de prueba que considere pertinentes para su exculpación. Es necesario señalar que en casi todos los ordenamientos se suele trasladar al procedimiento sancionatorio administrativo el régimen probatorio en materia civil o penal, o la combinación de ambos, bien mediante su recepción en normas contenidas en la respectiva ley, o bien mediante un simple reenvío. Es posible, sobre todo en aquellos países en los cuales están vigentes regímenes sancionatorios administrativos especiales, debido a que son desarrollados en leyes sectoriales administrativas, que ellos contengan algunas particularidades sustentadas en la naturaleza de la materia regulada, que a la postre no son más que precisiones del régimen general, las cuales generalmente se traducen en la exclusión de determinado tipo de prueba, o en alguna regla específica para valorar también algún tipo de prueba.

Planteada así la situación, no resulta posible atendiendo a los objetivos del presente trabajo realizar un análisis del régimen probatorio, en primer lugar, porque necesariamente tendría que estar centrado en uno particular; en segundo lugar, porque supondría un extenso examen a la luz de los principios que rigen en materia procesal; y en tercer lugar, porque revestiría unas dimensiones que excederían a las de esta monografía. Por consiguiente, nos limitaremos a dar unas pinceladas a algunos tópicos que consideramos relevantes en el procedimiento sancionatorio administrativo.

En ese orden de razonamiento aunque pueda parecer obvio, debemos dejar sentado que existe una diferencia sustancial entre las pruebas del procedimiento sancionatorio administrativo, y las pruebas del proceso penal o civil, porque estas últimas, como sostiene la doctrina española se llevan a cabo bajo los principios de igualdad, contradicción e inmediación, y su valoración corresponde a una autoridad independiente e imparcial, como lo es teóricamente el titular de un órgano jurisdiccional. Y desde luego, que ninguno de esos principios está presente en el procedimiento sancionatorio, pues no cabe duda que la Administración en ese procedimiento es "juez y parte", y como "juez", aun cuando admita y evacúe todas las pruebas promovidas por el interesado, le corresponde realizar su valoración, que al fin y al cabo es la actividad fundamental en el ejercicio de este atributo en que se desagrega el derecho a la defensa.

Con todo, la "prueba administrativa", producida tanto por el administrado como por la Administración, es sin dudas uno de los medios más

importantes, sino el más importante, para el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, pues sus resultados serán los que permitirán sustentar y motivar la decisión sancionatoria o absolutoria. Sin embargo, conviene subrayar que la apreciación que de ella haga el órgano administrativo, precisamente porque en su producción o evacuación están ausentes los referidos principios, tiene un valor únicamente en sede administrativa, motivo por el cual no vinculará a la autoridad judicial; de allí, que otorgarle valor a las pruebas evacuadas y promovidas en los procedimientos administrativos, en los procesos judiciales, debe reputarse como incompatible con el derecho a la defensa consagrado constitucionalmente.

Debe destacarse que el principio de la prueba tasada ha sido sustituido en casi todos los ordenamientos procesales por el principio de la libertad de prueba, y consecuencialmente, tal sustitución también encuentra concreción en el procedimiento sancionatorio administrativo. De todas maneras, frente a ese principio cabe hacer notar que siempre corresponderá a la Administración pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba, sobre la base de su pertinencia, y sólo en el caso de que el órgano administrativo decida inadmitir una prueba pertinente y necesaria para la defensa del inculpado podrá invocarse la indefensión, ya que el derecho a promover pruebas, como todo derecho, carece de carácter absoluto, estando limitado precisamente por la pertinencia. En tal sentido, resulta válido traer a colación el artículo 137.4 de la ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que define como procedentes o pertinentes aquellas pruebas que sean adecuadas para la determinación de los hechos y las posibles responsabilidades, e improcedentes o impertinentes aquellas "que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable".

Observamos que debe existir un equilibrio entre el principio de libertad de prueba que favorece al interesado o inculpado y la facultad de admisión de la Administración, en virtud de que si bien el primero puede proponer todos los medios de prueba que considere conveniente para su defensa, la segunda está obligada a ejercer el correspondiente control a los fines de su admisibilidad sobre la base de la variable pertinencia o procedencia. En esta línea argumental es necesario destacar que los ordenamientos, en aras de preservar el derecho a la defensa, suelen establecer que la Administración debe cumplir la referida obligación en forma oportuna, y motivada, sobre todo cuando la decisión sea de inadmisibilidad.

Por lo tanto, la falta de pronunciamiento o el pronunciamiento inoportuno, o la inmotivación del pronunciamiento de inadmisibilidad, configura el vicio de indefensión. También puede configurarse dicho vicio, si la inadmisibilidad de la prueba o pruebas, aparece sustentada en argumentos irracionales o arbitrarios; de allí, pues, la importancia de la motivación, ya que si bien su ausencia conduce a la indefensión, no necesariamente su presencia excluye el aludido vicio, porque como hemos afirmado, si ella es irracional o arbitraria, igualmente será posible invocarlo.

Cabe señalar que también debe reputarse prueba impertinente o improcedente, aquélla obtenida en violación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, verbigracia la obtención en el curso de un procedimiento administrativo, de una información incriminatoria del investigado, mediante el acceso en forma clandestina o arbitraria a su correo electrónico. En ese supuesto por tratarse de una prueba obtenida mediante la violación de los derechos a la intimidad y a la correspondencia, ella entra en la categoría de las pruebas **prohibidas**, que deben lógicamente ser inadmitidas por el órgano administrativo, o en la hipótesis de que sean producidas por la Administración, desechadas en la oportunidad que corresponda realizar su valoración.

Claro que es muy probable que en un procedimiento sancionatorio sea la Administración, por la cantidad de recursos que posee, y sobre todo por la potestad jerárquica que detenta, la que recurra a pruebas prohibidas. Cabe reiterar que esa prohibición recogida en el correspondiente ordenamiento se inscribe dentro de las señaladas garantías procedimentales, derivadas del derecho a la defensa, las cuales si resultan lesionadas se tornan operativas mediante el ejercicio de los correspondientes recursos administrativos o jurisdiccionales.

Los ordenamientos siempre en la línea de preservar el derecho a la defensa, del cual la prueba es uno de sus atributos esenciales, tienden a consagrar el derecho a recurrir en sede administrativa o jurisdiccional, según el caso, cuando la Administración declara inadmisible una prueba pertinente, o se niega a proveer la evacuación de una prueba ya admitida, o evacua en la fase de sustanciación una prueba prohibida. Es necesario subrayar que el ejercicio del recurso es procedente en sede administrativa, porque pese a que la inadmisibilidad de la prueba, o la negativa a proveer una prueba ya admitida, o la evacuación de una prueba prohibida, es ciertamente un acto de trámite, reviste la particularidad de que causa indefensión al interesado o inculpado.

La referida impugnación administrativa debe realizarse dentro de los lapsos fijados en la ley, y en la hipótesis de que el titular del órgano administrativo competente para ejercer la potestad sancionatoria no sea el máximo jerarca, la impugnación se concretará con la interposición del recurso jerárquico o de alzada. Y en el caso de que el acto provenga del referido máximo jerarca, entonces el interesado estará obligado de todas maneras a cuestionar la decisión aunque no encuentre un cauce procedimental, porque la falta de impugnación o cuestionamiento oportunos, tiene como consecuencia en algunos ordenamientos que el acto de la Administración sea considerado firme y consentido. Por consiguiente, aunque una disposición de esa naturaleza resulta en nuestro criterio bastante discutible, sobre todo cuando el acto de trámite emana de la máxima autoridad del órgano o ente, debido a que se lesiona un derecho constitucional, como el de la defensa, la consecuencia práctica de dicha firmeza y consentimiento, es que el vicio no puede ser invocado en el recurso contencioso administrativo que se interponga contra la decisión definitiva.

4.3.3. **La fase conclusiva o decisoria**.

4.3.3.1. **Definición**. Una vez terminada la fase de sustanciación, el órgano competente, con vista en los autos que integran el expediente, dictará la decisión que corresponda, la cual generalmente reviste carácter definitivo porque recae sobre el fondo del asunto, pero eventualmente puede tener carácter provisional, en los supuestos de declaratoria de caducidad (perención), de prescripción o de reposición. Algunos ordenamientos que establecen la separación formal entre órganos instructores y órganos decisorios, como el español, suelen imponer la obligación a los primeros de formular una proposición de decisión, que debe hacerse del conocimiento del inculpado o interesado, quien tiene el derecho a formular las alegaciones que considere conveniente en el plazo fijado legalmente.

Una vez vencido dicho plazo, el expediente es remitido al órgano que corresponde dictar la decisión, pudiendo éste acordar realizar actuaciones complementarias, siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento, por supuesto, haciéndole la debida notificación al inculpado o interesado, otorgándole un plazo para que formule las alegaciones que estime pertinentes. Pues bien, una vez recibido el expediente, si no se requiere la práctica de diligencias complementarias, que es lo que ocurre usualmente, o una vez realizadas dichas diligencias, el órgano competente deberá dictar la decisión dentro del plazo fijado en la ley.

Algunos ordenamientos no establecen la separación formal entre los órganos sustanciadores y decisorios, aunque por reglamentos internos u organizativos sólo a los efectos de la división del trabajo, suelen delegar la sustanciación en determinados funcionarios, generalmente pertenecientes al Departamento de Asesoría Jurídica del ente, los cuales se encargan de dirigir toda la fase de instrucción, y una vez concluida ésta, remiten las actas con una opinión sobre el contenido que debería tener la decisión, es decir, sobre la culpabilidad o inocencia del investigado, al máximo jerarca a quien casi siempre se le atribuye la competencia en materia sancionatoria.

En esos ordenamientos esa opinión no es vertida en el expediente, razón por la cual no se hace del conocimiento del inculpado, quien obviamente tampoco puede formular alegatos en torno a la misma. Insistimos en que en estos sistemas la competencia se atribuye en forma global al titular del órgano, que es generalmente el máximo jerarca, y sólo por delegación la labor de instrucción es asignada a los funcionarios antes señalados.

En fin, la fase de decisión puede ser definida como aquella etapa del procedimiento con una duración predeterminada por la Ley, a partir de la finalización de la fase de sustanciación, en la cual el órgano competente está obligado a dictar la decisión definitiva que pone fin al procedimiento, lo que ocurre la mayoría de las veces, o una decisión provisional que pone fin formalmente al procedimiento, lo que ocurre en forma excepcional, o una decisión de reposición, que no pone fin al procedimiento, sino que implica una reiniciación del mismo en cualquiera de las fases precedentes, lo que ocurre aún más excepcionalmente. Por lo tanto, nos referiremos básicamente a la decisión que pone fin de manera definitiva al procedimiento.

4.3.3.2. **Contenido de la decisión**. Lógicamente para la elaboración de la decisión, el titular del órgano competente debe examinar todas las actas que forman el expediente, pero sobre todo aquellas en las cuales aparecen recogidos los resultados de todos los trámites realizados durante la fase de instrucción. Luego, al igual que ocurre con las sentencias, debe existir una necesaria congruencia entre la decisión y las referidas actas, so pena de incurrir en vicios que la tornan susceptible de impugnación. Es posible referirse a la congruencia desde una perspectiva general, y vincularla tanto a los elementos fácticos como jurídicos, deviniendo de esa manera en una garantía para los administrados sometidos a un procedimiento sancionatorio, pues en ese contexto la falta de congruencia o incongruencia dará lugar a vicios específicos, tales como el falso supuesto fáctico, el falso supuesto normativo, la indefensión, etc.

Planteado de esa manera el asunto, resulta razonable que las leyes sobre procedimientos sancionatorios delineen la estructura de los actos sancionatorios, enumerando de manera articulada los elementos esenciales de los mismos, lo que contribuye a configurar su motivación. Entre esos elementos se mencionan los siguientes: a) la identificación del órgano que lo dicta, así como el señalamiento preciso de la correspondiente norma atributiva de su competencia. En realidad la consignación de este elemento no hace más que repetir uno de los requisitos del auto de apertura, con la diferencia de que si el identificado es un órgano subordinado, el interesado sabrá que la decisión definitiva será susceptible de ser impugnada mediante la interposición del recurso jerárquico o de alzada ante el máximo jerarca del órgano o ente.

b) Los antecedentes de hecho o fundamentación fáctica. La decisión contendrá una narración de los hechos que dieron lugar a la iniciación del procedimiento, así como los recabados durante el curso de éste. Esta narración deberá hacerse de tal manera que vincule hasta donde sea posible los hechos con los correspondientes trámites procedimentales, lo que implica la identificación del interesado o inculpado, y del denunciante, si fuere el caso. Desde luego, que el órgano decisorio estará impedido de introducir elementos distintos a los anteriormente señalados, es decir, nuevos, en virtud de que ello comportaría colocar al interesado en un virtual estado de indefensión, dado que en esa fase conclusiva del procedimiento estará impedido legalmente de conocerlos oportunamente y de oponerse a los nuevos hechos.

c) Los hechos probados. Quizás la inclusión de este elemento obedezca a razones lógicas relacionadas con el deber de facilitar la comprensión de la decisión, pues pareciera que la determinación de los hechos que resultan probados debería producirse en la misma narración de los antecedentes, y es perfectamente posible que así sea regulado en algunos ordenamientos. Sin embargo, pensamos que la separación redunda en beneficio tanto de la Administración que le imprime claridad y precisión al acto sancionatorio, como del propio interesado, debido a que esa claridad y precisión, si la decisión es sancionatoria, favorecen su comprensión por el interesado, a quien le corresponde decidir si la impugna o no.

Para demostrar los hechos resulta esencial la correcta valoración de las pruebas, pues es a partir de esa valoración que pueden considerarse probados todos los hechos, o algunos de ellos. No se trata de un problema

cuantitativo, sino cualitativo, ya que basta que de todos los hechos narrados resulten probados uno o varios, siempre que tengan el carácter de esenciales, en el sentido de que encuadren en la norma que tipifica la infracción. En otros términos, se trata de que la decisión contenga los hechos probados a la luz del expediente, pudiendo también contener una mera referencia a los no probados, los cuales sí tienen que ser explicitados cuando ningún hecho esencial resulte demostrado, porque en esa hipótesis la decisión no tendrá contenido sancionatorio, es decir, declarará la inexistencia de responsabilidad del investigado.

Cabe finalmente subrayar que la determinación de los hechos probados está relacionada con la culpabilidad del investigado, pues al hilo de la comprobación de los hechos mediante las pruebas que obran en el expediente, resulta forzoso determinar quién o quiénes cometieron esos hechos que resultan probados, siempre que éstos aparezcan tipificados como infracciones administrativas. De modo, pues, que separar este elemento de la indicada narración de los hechos, contribuye a fortalecer el contenido lógico de la decisión y, por ende, a facilitar su comprensión y eventual impugnación, si fuere el caso.

d) La fundamentación jurídica. No basta dejar sentado que los hechos están probados y que son imputables al interesado o inculpado, para dictar una decisión sancionatoria fundada, pues hace falta un último elemento, relacionado con la calificación jurídica de los hechos probados, que consiste en demostrar que ellos encuadran en determinado tipo legal, es decir, que constituyen una infracción administrativa. Se trata de poner en evidencia, de demostrar, la tipificación de los mismos. Una vez demostrada la subsunción de los hechos probados en la norma tipificante, debe procederse a realizar la correspondiente subsunción en la norma que contempla la sanción. En suma, los fundamentos jurídicos de la decisión están referidos básicamente a la invocación de las normas legales que tipifican tanto el ilícito como la sanción, pudiendo extenderse, según cada ordenamiento, a la invocación de los dispositivos normativos que contemplan circunstancias agravantes o atenuantes.

Reiteramos que en aquellos ordenamientos en los cuales existe una separación formal entre los órganos instructores y decisorios, establecida en la ley, estos últimos sólo están vinculados por los hechos comprobados en el curso del expediente, pero en cambio están totalmente desvinculados de la calificación jurídica realizada por los primeros, pudiendo en consecuencia,

modificarla, bien para considerar que sí se configura el ilícito administrativo o, por el contrario, para negar esa configuración.

e) La disposición. La decisión sancionatoria debe concluir con una disposición categórica derivada de toda la argumentación construida a la luz de los mencionados elementos. En ese orden de razonamiento, la decisión será sancionatoria si los hechos comprobados están tipificados como infracciones administrativas y aparece demostrada la culpabilidad del investigado. En cambio, cuando no concurran en forma acumulativa esos requisitos, la decisión será absolutoria y, por tanto, eximirá de responsabilidad al inculpado o interesado.

En la decisión en que se declare la responsabilidad del inculpado deberá especificarse la sanción correspondiente y la forma de cumplirla el sancionado. Desde luego, que el tenor de esta última indicación dependerá del tipo de sanción: pecuniaria, interdictiva o disciplinaria, pues como señalamos anteriormente, muchas veces la ejecución de la sanción depende exclusivamente de la propia Administración, verbigracia la destitución, la revocación de la autorización, etc.

Cuando la decisión definitiva es absolutoria y, en consecuencia, se exime de responsabilidad al inculpado, puede estar fundamentada en la falta de comprobación de los hechos constitutivos del ilícito administrativo, en la falta de tipificación de los hechos o en la falta de culpabilidad del interesado.

Por último, en la oportunidad de dictar la decisión, como ya expresamos, el órgano encargado de decidir puede declarar la caducidad (perención en términos de la LOPA) o la prescripción del procedimiento, e igualmente puede anular determinadas actuaciones violatorias de derechos fundamentales, y acordar la reposición del procedimiento. Esta última decisión sólo podrá dictarla cuando las actuaciones estén afectadas por un vicio de suficiente entidad, como por ejemplo cuando las pruebas han sido evacuadas sin dejar constancia en el expediente de la fecha y la hora en que se realizarían esas diligencias (indefensión), y en la misma deben identificarse con la debida precisión las actuaciones anuladas, así como la fase o el trámite, al cual se repone el procedimiento.

4.3.3.3. **Impugnabilidad del acto sancionatorio**. En términos generales, puede afirmarse que todo acto sancionatorio resulta susceptible de ser impugnado por el interesado, y que la mecánica de la impugnación dependerá de la

regulación del sistema de recursos en cada ordenamiento. Sin embargo, casi siempre el sistema aparece articulado mediante una relación muy estrecha, en algunas hipótesis causal, entre los recursos administrativos y los recursos contencioso administrativos, que se expresa actualmente mediante dos modalidades, a saber: a) una, que impone el ejercicio previo de los recursos administrativos que correspondan, hasta que se produzca el "agotamiento de la vía administrativa", como condición de admisibilidad de los recursos contencioso administrativos. Esta regla admite en algunos países un quiebre cuando el acto sancionatorio emana del máximo jerarca, en virtud de que ese acto agota la vía administrativa, y por tanto no se requiere la interposición del recurso administrativo de reconsideración, para la admisibilidad del contencioso administrativo y; b) otra, que establece el carácter opcional de la interposición de los recursos administrativos por parte del interesado, de tal manera que éste puede escoger entre recurrir en sede administrativa, y posteriormente una vez agotada la vía administrativa, recurrir en sede jurisdiccional, o recurrir directamente por ante los órganos contencioso administrativos, sin necesidad de ejercer ningún recurso administrativo. Ha de advertirse que si se opta por interponer el recurso administrativo, el interesado deberá esperar el pronunciamiento de la Administración, o hacer uso del silencio administrativo para intentar el recurso contencioso administrativo, so pena de que éste sea declarado inadmisible.

El efecto, de la interposición de estos recursos: suspensivo o no, que quizás sea su aspecto más interesante, ya fue estudiado en el capítulo III, cuando analizamos el carácter ejecutorio de las sanciones administrativas; por lo tanto, remitimos a los lectores a ese acápite.

### 4.4. **Las medidas cautelares en el procedimiento administrativo sancionatorio**.

4.4.1. **Premisa introductoria (síntesis del marco teórico)**. Previamente debemos señalar que este punto deberíamos haberlo examinado en la fase de iniciación o en la de sustanciación, porque es evidente que la adopción de medidas cautelares tiene sentido en el curso de una de esas dos fases del procedimiento sancionatorio, pero como en nuestro criterio su procedencia en el ámbito de este procedimiento debe tener un carácter muy excepcional, y visto que en nuestro país se observa cierta tendencia a establecerlas sin mayores discusiones, en las leyes sectoriales administrativas que atribuyen potestad sancionatoria a la Administración Pública, hemos considerado conveniente, analizarlas sucintamente, pero fuera del contexto de las referidas fases procedimentales.

Ahora bien, cabe destacar que la tendencia garantista que informa actualmente al Derecho Público, y más concretamente al Administrativo, ha conducido a que sectores de la doctrina postulen la regla de la universalidad de las medidas cautelares en el marco del procedimiento administrativo, básicamente en el de segundo grado, debido a que concebidas de esa manera, en primer lugar, permiten compensar un poco las enormes prerrogativas inherentes a la potestad de autotutela de la Administración Pública, pues el carácter ejecutorio de los actos dictados por los órganos administrativos, sobre todo los de naturaleza ablatoria, únicamente puede ser neutralizado temporalmente mediante las medidas cautelares, e inclusive en el curso del propio procedimiento constitutivo es posible predicar en forma excepcional en algunos ordenamientos las denominadas medidas cautelares positivas.

En segundo lugar, la regla de la universalidad de las medidas cautelares también ha encontrado fundamento, con las correspondientes matizaciones, en la tesis que postula que la tutela cautelar forma parte inescindible del derecho a la tutela judicial efectiva, pues si bien es cierto que ese derecho se ejerce con la elevación del conflicto al órgano judicial competente, también es cierto que el mero planteamiento de la controversia revela un ejercicio parcial de dicho derecho, si se toman en cuenta los tiempos de duración de los juicios en la mayoría de los países del mundo, lo que pone en peligro la **efectividad** de la sentencia; de allí que se haya asociado al logro de esa efectividad, requerida por el texto constitucional, la denominada tutela cautelar, condicionada, desde luego, al cumplimiento de ciertos y precisos requisitos legales.

Esta tesis que ha sido recibida favorablemente por la mayoría de los ordenamientos, al punto que en sus leyes adjetivas se ha pasado de las medidas cautelares nominadas a las innominadas, con base en la necesidad de garantizar la efectividad del fallo judicial, también ha encontrado recepción *mutatis mutandi* en las leyes que consagran procedimientos administrativos. Así, por ejemplo, el artículo 72 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prescribe: "Iniciado el procedimiento **el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello**".

La simple lectura del dispositivo transcrito revela la tendencia a imponer normativamente la regla sobre la universalidad de las medidas

cautelares o provisionales en sede administrativa, sujetando su adopción a determinados requisitos, entre ellos los relativos a la razonabilidad. Resulta lógico que en la fijación de dichos requisitos el modelo seguido por las leyes administrativas haya sido el contenido en los códigos procesales; no obstante, además de los clásicos *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, el legislador ha añadido otros muy particulares, que mencionaremos más adelante, relacionados con la tutela de los intereses generales asignada a los órganos que integran la Administración Pública.

En suma, en la época actual resulta indiscutible tanto la pertinencia como la fundamentación conceptual de las medidas cautelares o provisionales en sede administrativa, inclusive las positivas y las provisionalísimas, porque en definitiva ellas se inscriben en la tendencia garantista que apunta cada vez más hacia la idea de configurar la relación jurídico administrativa en términos de igualdad, o por lo menos lo más próximo a la igualdad, intentando superar de esa manera el esquema clásico: autoridad-libertad, que sirvió y continúa sirviendo como base de sustentación al Derecho Administrativo, ciertamente hoy en día en menor proporción, y también intentando reducir las enormes prerrogativas implicadas en la potestad de autotutela de la Administración Pública.

4.4.2. **El quiebre de la regla sobre universalidad de las medidas cautelares en el marco del procedimiento sancionatorio**. De los lineamientos teóricos esbozados en el punto anterior, se infiere en forma indudable que las medidas cautelares en el marco del procedimiento administrativo general constituyen la expresión de un derecho, pero pensamos que se trata del derecho a la defensa, y no el de la tutela judicial efectiva, porque resultan bastante discutibles las tesis que abogan por predicar el ejercicio de este último derecho en sede administrativa. Por consiguiente, es perfectamente calificable como ejercicio del referido derecho a la defensa, la solicitud que formula un administrado en el curso del procedimiento de segundo grado (revisión) atinente a la suspensión del acto del pago de la multa, o de la suspensión de la orden de demolición del inmueble, o la suspensión de la orden de cierre de un establecimiento comercial, etc.

Sin embargo, pareciera erróneo hablar de derecho a la tutela cautelar en sede administrativa en el curso de un procedimiento sancionatorio, cuando precisamente la pretensión del interesado es que no se llegue a dictar la resolución sancionatoria, razón por la cual no puede pensarse en sana lógica, que llegue a solicitar la aplicación anticipada de la eventual

sanción, porque en la práctica en eso consiste en términos generales la adopción de una medida cautelar por parte del órgano administrativo que detenta la potestad sancionatoria.

Por tanto, en realidad en el procedimiento sancionatorio no existe un derecho del interesado o inculpado a solicitar la adopción de medidas cautelares, sino más bien, como sostiene GARBERI LLOBREGAT (1998), una potestad de la Administración Pública, potestad que también ostenta cuando inicia un procedimiento administrativo de primer grado, no sancionatorio, ya que se admite que en esa hipótesis las medidas pueden ser acordadas de oficio (ejercicio de la potestad), y a solicitud del interesado (derecho), pero cuando se trata de un procedimiento sancionatorio se le confiere a la Administración el monopolio para la adopción de dichas medidas (potestad).

Debe quedar clara la singular diferencia que existe entre una medida cautelar adoptada en ejercicio de la potestad de la Administración, y aquella adoptada como consecuencia del ejercicio por parte del administrado del derecho a solicitarla. Y la causa de esa diferencia radica precisamente en el peculiar rol que juega la Administración en este tipo de procedimientos: "juez y parte", y aunque teóricamente pueda invocarse la imparcialidad con que debe actuar el "juez y parte", derivada inclusive de principios constitucionales, es bien sabido que lograrla, en los mismos términos exigidos a los órganos judiciales, es un *desideratum* casi inalcanzable.

Basta al respecto hacer una simple comparación: cuando el interesado ejerce el derecho, la solicitud se eleva ante el titular del órgano administrativo competente, quien se encarga de valorar dicha solicitud y emanar la decisión correspondiente; cuando la Administración ejerce la potestad, corresponde a ella valorar las circunstancias que considere relevantes en el caso, con la particularidad de que la actitud de su titular siempre estará signada, por no decir sesgada, por la tutela del interés que le asigna la Ley, razón por la cual existirá casi todo el tiempo una coincidencia entre la voluntad de ejercer la potestad y la adopción de la medida.

Esta imperfección, por decir lo menos, que está en la génesis y en la estructura del mismo sistema jurídico, luce incorregible, pero medianamente tolerable en materia de tutela cautelar, cuando ésta es invocada en el curso de un procedimiento administrativo general, pero cuando esa potestad de la Administración es ejercida en el curso de uno sancionatorio, alcanza cotas muy altas de intolerablilidad por los ciudadanos; de allí que resulte razona-

ble, en ese caso, predicar un quiebre o una derogatoria de la regla sobre la universalidad de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo general, y sustituirla por el principio de la "la singularidad de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo sancionatorio".

4.4.3. **La singularidad de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo sancionatorio**. Pese a la crítica anterior, debe admitirse que cuando se vincula la potestad sancionatoria de la Administración con los intereses generales que debe tutelar, sobre todo en determinados sectores materiales como la salud, el ambiente, la ecología, el urbanismo, la seguridad pública y la ordenación del territorio, resulta incuestionable la necesidad de otorgarle la potestad a los órganos administrativos, para que en forma excepcional, puedan adoptar medidas cautelares, porque pese a que desde el punto de vista teórico los procesalistas sostienen que las medidas cautelares no deben contener o no deben ser un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, en muchos casos la realidad se encarga de desmentir este postulado teórico, sobre todo en el área administrativa. Así, por ejemplo, una medida cautelar que consista en la suspensión de la sanción de expulsión de un estudiante universitario no hace más que adelantar la pretensión que se exige con la sentencia, y por ende, incide sobre el fondo del asunto, de allí el referido carácter excepcional.

Pues bien, medidas cautelares como la ejemplificada, que inclusive pueden ser acordadas en el procedimiento administrativo de segundo grado, al fin y al cabo juegan a favor de los derechos de los administrados, pero la situación se revierte total y radicalmente cuando la Administración en el ejercicio de su potestad cautelar adopta medidas en el procedimiento sancionatorio, inclusive las denominadas provisionalísimas, porque su ejecución implica adelantar el contenido de una sanción o, mejor dicho, su imposición adelantada. Ello ocurre por ejemplo, cuando a una estación de televisión se le abre un procedimiento sancionatorio por estar operando en zonas que no entran en la habilitación administrativa, se procede cautelarmente a decomisarle determinados aparatos que reducen su funcionamiento a su mínima expresión, o sencillamente se suspenden las transmisiones hasta la conclusión del procedimiento. Igual es la situación que se presenta cuando un órgano de policía administrativa inspecciona un establecimiento comercial, y encuentra que está vendiendo determinados productos por encima del precio regulado, decide abrirle un procedimiento sancionatorio, pero cautelarmente procede a cerrarlo.

Entendemos que en algunas ocasiones luce lógico y estrictamente apegado a la defensa del interés general que le corresponde tutelar a la

Administración, la adopción de determinada medida cautelar, verbigracia cuando un funcionario de sanidad realiza una inspección a una venta de alimentos, y encuentra que se halla en mal estado, decide abrir el procedimiento y cautelarmente decomisa los aludidos alimentos.

De lo expuesto precedentemente se desprende claramente la complejidad que reviste la regulación de la potestad cautelar de la Administración Pública en los procedimientos sancionatorios, en razón de que esa regulación debe reflejar un equilibrio, siempre muy precario, entre la tutela del interés general, que en las normas procedimentales a veces aparece reflejado en la finalidad de "asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer en el procedimiento", y en nuestro criterio, el derecho a la presunción de inocencia, pues luce lógico –sobre todo en el marco del procedimiento sancionatorio– que la imposición de la sanción adelantada colida con ese derecho. Por supuesto, que algunas veces, muy pocas, el interés general, en los términos antes indicados, está vinculado también a la preservación del derecho constitucional de muchos, como en el caso de la protección de la salud, razón por la cual se impone acordar la cautela, que consiste en decomisar los alimentos en mal estado. Sólo en hipótesis como la del ejemplo, que configuran una verdadera encrucijada entre derechos constitucionales, debería proceder, en nuestro criterio, el conferimiento de esta potestad a la Administración Pública para que la ejerza en el curso de un procedimiento sancionatorio.

Lo que cabe señalar es que algunos ordenamientos han recibido parcialmente la tesis de la singularidad de la potestad bajo examen, y han establecido un conjunto de requisitos, además de los clásicos relativos al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, cuyo cumplimiento es muchas veces más fácil de determinar en sede judicial, y su exigencia normativa juega a favor del equilibrio necesario antes identificado. A continuación pasamos a examinar brevemente esos requisitos.

4.4.4. **Los requisitos que condicionan el ejercicio de la potestad cautelar de la Administración en el procedimiento sancionatorio**.

4.4.4.1. **El *fumus boni iuris*.** La particularidad que reviste la potestad cautelar en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio, que comienza por ser potestad de la Administración, y no derecho del inculpado, conduce a que los ordenamientos establezcan un conjunto de requisitos que condicionan y limitan el ejercicio de dicha potestad. Generalmente esos

requisitos están recogidos en las disposiciones normativas con una formulación diferente, a la clásica de las leyes procesales civiles, que aluden al *fumus boni iuris* y al *periculum in mora*, como las siguientes "...podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, **si existiesen elementos de juicio para ello** (art. 72): "Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionatorios se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la resolución final que pudiera recaer (art. 136) "...podrá adoptar en cualquier momento mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales" (art. 15).

Debemos indicar que las dos primeras normas integran la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con la particularidad de que la contenida en el artículo 72 está destinada a regular a las medidas cautelares en el procedimiento administrativo general, y la contenida en el artículo 136 está destinada a regularlas en el **procedimiento sancionatorio**, lo que revela la intención de la Ley de establecer una clara diferencia en uno y en otro caso, que en nuestro criterio responde a la distinción entre derecho y potestad, antes aludida. Esta diferencia se acentúa en la tercera norma contenida en el artículo 15 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que es un instrumento, que desarrolla las disposiciones pertinentes de la citada Ley.

De las disposiciones normativas transcritas están ausentes ciertamente en términos literales el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, pero no en su "ratio", porque los "elementos de juicio", si bien pueden estar referidos a razones fácticas, sin dudas también están referidos al *fumus boni iuris*. E igualmente resulta indudable que la finalidad relativa al aseguramiento de la eficacia de la resolución final que aparece en las tres normas, alude al *periculum in mora*.

Ahora bien, cuando se examina el *fumus boni iuris* como supuesto de procedencia de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo sancionatorio, la situación, visto que la Administración al adoptar este tipo de medidas ejerce una potestad, es significativamente diferente a la del proceso judicial, pues es bien sabido que en éste el juez está obligado a

constatar la existencia de la "apariencia del buen derecho"; constatación que implica la formulación de una presunción de fundamentación legal, que equivale a un juicio de probabilidad de la legalidad de la acción, con la particularidad de que para realizar esa actividad le basta examinar la solicitud que generalmente está contenida en el libelo de la demanda, así como los recaudos que eventualmente pueda anexar el demandante. De esa manera constatan los jueces este presupuesto de las medidas cautelares.

Planteada así la situación, nos preguntamos ¿acaso puede exigirse en el procedimiento sancionatorio esa misma conducta? Desde luego que no, porque resulta lógico pensar que el titular del órgano administrativo desde el mismo momento que dicta el auto de apertura, máxime cuando realiza actuaciones previas, considera que está presente esa apariencia del buen derecho, pues para poder emanar dicho auto tiene que estar convencido de que los hechos probablemente encuadren en normas que tipifican ilícitos administrativos, y también que probablemente la persona identificada en el auto de apertura sea el responsable de dichos ilícitos.

Por consiguiente, en el caso particular del procedimiento sancionatorio, debe admitirse que el *fumus boni iuris* se desprende en forma casi automática del auto de apertura, sobre todo si se tiene en cuenta que la mayoría de los ordenamientos exigen que el mismo contenga la identificación de las normas donde presuntamente aparezcan tipificados los hechos como infracciones administrativas, así como las normas que contemplan las sanciones que eventualmente se impondrán. De modo, pues, que en nuestro criterio, debido a la concepción y a la conformación del procedimiento sancionatorio administrativo, el auto de apertura constituye formalmente la mejor evidencia del *fumus boni iuris*; de allí que la exigencia de la constatación de este presupuesto de procedencia de las medidas cautelares, en el procedimiento sancionatorio administrativo carezca de la relevancia propia del procedimiento jurisdiccional, debido al aludido mecanismo de constatación.

4.4.4.2. **El *periculum in mora*.** En la constatación del *periculum in mora*, aunque sigue jugando un papel relevante el hecho de que la Administración detente una potestad cautelar, es necesario destacar que a diferencia de la apariencia del buen derecho que surge casi automáticamente del mismo auto de apertura, el órgano administrativo está obligado a emitir una especie de juicio de certeza acerca del daño que causará la duración del procedimiento a la efectividad de la decisión sancionatoria que se dicte. En otros términos, deberá poner en evidencia en la motivación del acto mediante el

cual acuerde adoptar la medida las situaciones o hechos que darían lugar a que para la fecha en que dicte la decisión sancionatoria, ésta se tornaría inejecutable, o su ejecución resultaría inútil.

Ahora bien, conviene destacar que a la postre la variable sobre la que se articula la constatación del *periculum in mora*, es asegurar la eficacia de la resolución sancionatoria, es decir, evitar su ineficacia, la cual encuentra expresión en la imposibilidad de inejecución o en la inejecución inútil, debido a la duración del procedimiento sancionatorio. Sin embargo, si un ordenamiento condiciona la comprobación del *periculum in mora* a la ineficacia del acto sancionatorio derivado de la duración del procedimiento, entonces la potestad cautelar se reducirá significativamente desde el punto de vista cuantitativo, en virtud de que la ejecución de un gran número de sanciones depende única y exclusivamente de la voluntad de la propia Administración, verbigracia, todas las sanciones disciplinarias, las revocaciones de autorizaciones y concesiones, las que son susceptibles de ejecución forzosa, como demoliciones de construcciones, paralizaciones de obras, cierre de establecimientos comerciales, sanitarios, el comiso de bienes, etc.

Por consiguiente, en ninguno de esos supuestos es posible predicar la ineficacia del acto sancionatorio final, por falta de ejecución, debido a la duración del procedimiento, en virtud de que el tiempo carece de relevancia a los fines de la mencionada ejecución, estando de esa manera asegurada la eficacia de la decisión. Claro que en algunos casos, muy pocos, la adopción de la medida cautelar no sería para evitar la inejecución de la sanción, sino más bien para evitar que la ejecución pueda resultar inútil, como por ejemplo, cuando se ordena cautelarmente demoler una edificación por encontrarse en tal estado de ruina que puede inclusive poner en peligro la vida de los ciudadanos, ya que si se espera la decisión final, en el interregno la edificación puede derrumbarse.

Con todo, bajo la señalada perspectiva normativa, la reducción cuantitativa de esa potestad de la Administración será aparentemente significativa, y quizás ello haya conducido a los legisladores de algunos países a añadir dos variables más que dan lugar a la configuración del *periculum in mora*, como son "evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales". Sin embargo, en ambos casos su apreciación es extremadamente subjetiva, inclusive la segunda aparece expresada en conceptos jurídicos indeterminados.

Pensamos que una disposición que vincule directa o indirectamente la configuración del *periculum in mora* a evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción, por supuesto en el lapso de duración del procedimiento, contradice el carácter restrictivo de la potestad cautelar de la Administración en el marco del procedimiento sancionatorio, en virtud de que su aplicación conduciría a que siempre la Administración podría "válidamente", para evitar que los efectos de las "infracciones" se continúen produciendo, inclusive las disciplinarias, adoptar medidas cautelares que la mayoría de las veces comportarían el adelanto de la ejecución de la sanción. Por consiguiente, resultaría erróneo incorporarla a un texto que regule el procedimiento bajo examen.

Más aún, el poco fundamento de racionalidad que puede inferirse de una disposición como la indicada, queda recogido perfectamente en la variable relativa al aseguramiento de la eficacia de la decisión final sancionatoria, en razón de que igualmente se podrá evitar el mantenimiento de los efectos de la probable infracción, cuando se adopte la medida cautelar sobre la base de que la ejecución de la sanción en la fecha estimada para concluir el procedimiento, la tornaría inútil; de allí entonces, que en nuestro criterio debe rechazarse la introducción en un ordenamiento de una disposición como la indicada, a los fines de regular el *periculum in mora* en el contexto del procedimiento sancionatorio.

Por lo que respecta a la variable "exigencias de los intereses generales", como ya afirmamos, por el hecho de estar articulada en un concepto jurídico indeterminado, sin dudas que en su apreciación incide un fuerte coeficiente de subjetividad, y da lugar, aunque este tipo de conceptos, como enseña la doctrina admite una única interpretación justa, a que en la práctica la potestad cautelar se torne de pretendidamente reglada en discrecional, pues una vez dictada la medida cautelar resulta sumamente difícil anular o paralizar sus efectos, en virtud de que este tipo de actos generalmente resultan irrecurribles en sede administrativa, y si fueren recurribles en sede jurisdiccional, el tiempo para su resolución seguramente será mayor al de duración del procedimiento sancionatorio.

Igual que en el caso anterior, pensamos que dada la naturaleza de la potestad cautelar en el procedimiento sancionatorio administrativo, resulta erróneo abrir el cauce de los intereses generales asignados a la Administración Pública para intentar justificar la extensión casi ilimitada del ejercicio de esa potestad. Por lo tanto, estimamos que tampoco esta variable debe jugar ningún

papel en la regulación del presupuesto del *periculum in mora* en el marco del procedimiento sancionatorio administrativo, dado que resulta suficiente la relativa al aseguramiento de la eficacia de la decisión final sancionatoria.

4.4.4.3. **La tipicidad de las medidas cautelares en el procedimiento sancionatorio administrativo**. Una potestad con las características de la examinada, que sin dudas replantea la antigua relación autoridad-libertad, necesariamente debe estar sujeta a unos límites, más allá de los antes examinados presupuestos del *fumus* y el *periculum*, a los fines de atenuar la distancia entre los términos de dicha relación. Es así como a diferencia de la tendencia que se revela en el Derecho comparado, relativa a la consagración de las **medidas cauterales innominadas** en sede judicial, los ordenamientos se han cuidado de consagrar el principio contrario, es decir, el de nominalidad o tipicidad de las medidas cautelares en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio.

En consecuencia, si un ordenamiento no contempla en forma expresa, mediante la correspondiente enunciación de las medidas, o bien mediante al reenvío específico al régimen delineado en otra ley, deberá desestimarse la pretensión de cualquiera Administración de dictar medidas cautelares, aunque pudieran a simple vista parecer justificadas, y aunque pretenda fundamentarse esa actuación en el principio de universalidad de las medidas cautelares, válido según una parte de la doctrina GONZÁLEZ PÉREZ (2000), en el procedimiento administrativo general. Tampoco podrán adoptarse las medidas aunque una ley administrativa sectorial regulatoria de un procedimiento sancionatorio especial, establezca en uno de sus preceptos que la Administración está facultada para adoptar medidas cautelares, pero no identifica cuáles medidas, ni reenvía en forma específica a otro texto legislativo que las contemple, que desde luego no podrá ser la ley adjetiva procesal que recoge el principio concerniente a las sanciones innominadas. En esa hipótesis ese error del legislador no admite ningún tipo de corrección por la vía hermenéutica, razón por la cual debe concluirse en la imposibilidad jurídica de ejercer la potestad cautelar por parte del órgano al cual se le atribuye, pero sin llegar a tipificar las medidas correspondientes.

De todas maneras es conveniente hacer notar que las legislaciones que tipifican este tipo de medidas casi siempre lo hacen en forma conservadora. Así por ejemplo, el Reglamento español del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, menciona la suspensión temporal de actividades, la prestación de fianzas, la retirada de productos o suspensión

temporal de los servicios, por razones de sanidad, higiene o seguridad. Lo importante es que los legisladores comprendan que deben enumerar las medidas cautelares que resultan estrictamente necesarias para asegurar, en los términos antes explicitados, la eficacia de la decisión sancionatoria final, y al mismo tiempo entiendan que al establecerlas se cuiden de que guarden cierta homogeneidad con las medidas ejecutivas, es decir, con las eventuales sanciones que se impondrán al concluir el procedimiento.

La exigencia de la homogeneidad es planteada por la doctrina en sentido positivo y negativo. El negativo, según GARBERI LLOBREGAT (1998), "implica que la necesidad de la medida cautelar se asemeje a las medidas que puedan adoptarse en función de llevar a la práctica la decisión final, como forma más adecuada de asegurar la futura efectividad de esta última; en sentido negativo la exclusión de aquellas medidas cautelares cuyo concreto contenido se distancie notoriamente del contenido de las medidas ejecutivas". Y utiliza el siguiente ejemplo sobre la homogeneidad: la medida cautelar de fianza dineraria reunirá el indicado requisito, en sentido positivo, si la sanción prevista en el ordenamiento es una multa; en cambio, en sentido negativo, deberá excluirse esa medida, si la sanción prevista en el ordenamiento es la revocatoria de la autorización para el funcionamiento del servicio.

Quizás lo más importante sea en este orden de razonamiento, que tanto la Administración como los ciudadanos tengan la información relativa a que el ejercicio de la potestad cautelar, está sujeta a la existencia de una norma que enumere en forma directa o indirecta (reenvío) las medidas susceptibles de ser adoptadas en un procedimiento sancionatorio.

4.4.4.4. **La proporcionalidad de las medidas cautelares adoptadas en el curso del procedimiento sancionatorio administrativo**. A lo largo de todo el trabajo hemos explicado la importancia del principio de proporcionalidad, como garantía de los administrados, frente al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública. Pues bien, con mayor razón debe exigirse que este tipo de medidas deban ser proporcionales a la finalidad perseguida. La doctrina se ha encargado de identificar algunos indicadores en los que se desagrega la proporcionalidad bajo examen, a saber: la medida cautelar tiene que ser necesaria e idónea para conseguir su objeto, y congruente con el resultado que se aspira conseguir. Este indicador obliga a que la Administración imponga la medida menos gravosa entre todas las que pueda adoptar, a los fines de causar el menor perjuicio posible al inculpado.

Cabe advertir que en España la proporcionalidad en los términos expuestos anteriormente, es una exigencia tanto de las medidas que se dictan en el procedimiento administrativo general, como de las que se dictan en el procedimiento sancionatorio. Así lo establece en el primer supuesto, el artículo 72.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que prescribe: "No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados, o que impliquen violación de los derechos amparados por leyes". Y en el segundo supuesto, el artículo 15.3 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que pauta: "Las medidas provisionales deberán estar expresamente previstas y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretenda garantizar en cada supuesto concreto".

La exigencia de la proporcionalidad en realidad es un corolario de requisitos examinados anteriormente, en virtud de que aparece básicamente vinculada con el *periculum in mora*, pero también está relacionada con los requisitos de tipicidad y de homogeneidad.

4.5. **El procedimiento sancionatorio en Venezuela**.

4.5.1. **El panorama normativo (inexistencia de un procedimiento sancionatorio común)**. Pese a la exorbitante potestad sancionatoria que actualmente detenta la Administración Pública venezolana, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo, como quedó demostrado en el capítulo I, y a la significativa incidencia que tiene dicha potestad sobre los derechos fundamentales de los administrados, aún no ha sido sancionada una ley general sobre el procedimiento sancionatorio, que tal vez inclusive podría extenderse al completo ejercicio de la potestad sancionatoria, regulando los principios generales, las sanciones y el procedimiento. La inexistencia de la referida ley origina un panorama normativo ciertamente confuso, por no decir caótico. En efecto, ya ha quedado demostrado que casi todas las leyes administrativas sancionadas después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, traen un capítulo destinado exclusivamente a establecer sanciones administrativas en sus diversas modalidades (pecuniarias, interdictivas y disciplinarias), con la particularidad de que de las sancionadas hasta 1999, muy pocas de ellas regulan el procedimiento que debe seguir la Administración para imponerlas. De todas las leyes examinadas sólo aproximadamente el cuarenta y seis por ciento (46%) contempla un procedimiento de esa naturaleza, y el cincuenta y cuatro por ciento (54%) no delinea ninguno.

De todas las leyes administrativas anteriores y posteriores a 1999 que contienen únicamente el capítulo relativo a las sanciones administrativas, sólo muy pocas (aproximadamente el trece por ciento) reenvían al procedimiento general administrativo contemplado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pues la mayoría carece de una norma de reenvío en ese sentido. En suma, el examen de una muestra de veintinueve leyes administrativas (cinco promulgadas antes de 2000, y veinticuatro con posterioridad), revela, en primer lugar, la inexistencia de una ley general que regule un procedimiento administrativo común; en segundo lugar, la existencia de un gran número de leyes que establecen sanciones administrativas, pero no contemplan el procedimiento para imponerlas, y un porcentaje de leyes sancionadas después de la entrada en vigencia la Constitución de 1999, que establecen sanciones y a la par regulan el procedimiento para imponerlas, que alcanza el cincuenta y cuatro por ciento (54%).

4.5.2. **La aplicación de las sanciones administrativas en el marco del panorama normativo vigente**.

4.5.2.1. **La aplicación del procedimiento administrativo ordinario diseñado en la LOPA**. Teniendo en cuenta que la Administración Pública venezolana ha detentado la potestad sancionatoria desde el mismo año 1830, cuando se separa Venezuela de la Gran Colombia (Cap. I), no existe razón alguna para que por lo menos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, no haya sido sancionada una ley que diseñe un procedimiento general o común sancionatorio, y mucho menos después de la de 1999, máxime si se tiene en consideración la tesis de González Pérez acerca de que los principios y garantías que informan la reglamentación de este procedimiento imponen una tramitación que no justifica su diferenciación atendiendo a la materia, así como "no existe un proceso penal para cada tipo de delito".

Pues bien, la inexistencia de ese procedimiento general, así como la vigencia de la indicada cantidad de leyes que establecen sanciones, sin crear el procedimiento respectivo, ha conducido bien por la remisión específica de las respectivas leyes, o por decisión de las autoridades administrativas competentes, a la aplicación del procedimiento administrativo ordinario, no sancionatorio, con no pocas dificultades, y en detrimento muchas veces de los derechos de los interesados, contemplado en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de 1981.

Esa aplicación "forzosa y forzada", encuentra su mayor dificultad en el carácter constitutivo de actos no sancionatorios del mencionado procedimiento ordinario, razón por la cual si bien aparece estructurado en las fases clásicas procedimentales: iniciativa, instrucción o sustanciación y decisión, los trámites de cada una de esas fases no se corresponden, con los que casi naturalmente deben integrar a las de un procedimiento sancionatorio. En efecto, para ello basta examinar los dispositivos que van del artículo 48 al 66 de la LOPA, para constatar, por ejemplo, que en la fase de iniciación falta un mecanismo clásico como la denuncia, y sobre todo falta el auto de apertura, que resulta clave para que se inicie un procedimiento sancionatorio, pues debe corresponderse *mutatis mutandi*, con el acto de cargos en el proceso penal. Por supuesto, que también faltan las eventuales actuaciones previas.

En la fase de sustanciación falta el trámite clave de las **alegaciones o alegatos** del interesado o inculpado, que desde luego sólo tiene sentido si previamente la Administración ha dictado el auto de apertura. Pese a que se contempla en términos generales la posibilidad de promover y evacuar pruebas, la misma se revela un tanto inocua, pues es bien sabido que las pruebas adquieren pertinencia a partir del "nudo argumental", que se constituye con el auto de apertura de la Administración y los alegatos del interesado o inculpado. Quizás a ello se deba el carácter general de la norma contenida en el artículo 58 de la LOPA, que ni siquiera llega a fijar, como ocurre en todo procedimiento, los lapsos del período probatorio (admisión, promoción y evacuación), y lo que es más importante de resaltar, el trámite probatorio pareciera, tal como aparece concebido, más bien como una facultad de la Administración, que un derecho del administrado.

En la fase de terminación o decisión, si bien se establece el lapso de duración de todo el procedimiento, no se fija el plazo para que el órgano competente dicte la decisión una vez vencida la fase de sustanciación. Tampoco de los dispositivos que regulan esa fase, ni de los que regulan las otras, se desprende que haya por lo menos una división del trabajo entre las unidades administrativas que sustancian y las que deciden. Queda claro a la luz de los anteriores razonamientos la significativa diferencia existente entre el procedimiento administrativo ordinario, no sancionatorio, contemplado en los artículos que van del 48 al 66 de la LOPA, y cualquier procedimiento sancionatorio general o particular; de allí que resulte enteramente forzoso y forzado aplicar ese procedimiento a los fines de imponer las sanciones establecidas en las aludidas leyes administrativas que no delinean procedimientos sancionatorios especiales, en los casos previstos en esas leyes.

Forzoso, porque ante el vacío normativo descrito en materia procedimental, a la Administración en los supuestos señalados no le queda otra vía para hacer uso de su potestad sancionatoria, que utilizar ese procedimiento, y "forzado", porque dicho uso implica, como ya expresamos, intentar integrar los trámites propios de un procedimiento sancionatorio en las fases del referido procedimiento ordinario, lo que obviamente comporta múltiples dificultades, y problemas casi irresolubles, que a la postre repercuten negativamente en los derechos de los investigados.

Por si existiera alguna duda acerca del carácter no sancionatorio del procedimiento ordinario previsto en la LOPA, conviene traer a colación el siguiente dato histórico: nuestra Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos es casi una reproducción de la Ley de Procedimiento Administrativo española de 1958, derogada casi totalmente en 1992, texto que a su vez fue modificado en 1999. Ahora bien, los legisladores venezolanos al seguir el mencionado "modelo", por razones que desconocemos, decidieron no incluir en la LOPA los dispositivos, con las debidas "adecuaciones", contenidos en el texto español, destinados a disciplinar el procedimiento sancionatorio. Es cierto que dichos dispositivos no llegaban a diseñar un procedimiento integral, pero sí consagraban los lineamientos básicos de este tipo de procedimientos. Y tan básicos eran, que la Administración española ejerció su potestad sancionatoria, mediante su aplicación, hasta que entró en vigencia la Ley de 1992, y el Reglamento de 1993.

En fin, con esta referencia histórica intentamos demostrar que ni aun forzando al máximo la interpretación de los citados artículos de la LOPA, parece posible calificar dicho procedimiento de sancionatorio, porque la congruencia del "modelo", conducía a que ese fuese el procedimiento ordinario constitutivo para la emanación de actos no sancionatorios, ya que con la finalidad específica de emanar actos sancionatorios fue incluido el mencionado segundo procedimiento en el modelo español. Por lo tanto, cuando nuestros legisladores decidieron quedarse únicamente con el primero, suprimieron consciente o inconscientemente el segundo, y esa actuación dio lugar a la consagración de un procedimiento constitutivo general de actos no sancionatorios, y correlativamente a la inexistencia de un procedimiento general sancionatorio, lo que ha conducido –insistimos– a la aplicación forzosa y forzada del primer procedimiento para emanar actos sancionatorios, con las señaladas consecuencias perjudiciales para los administrados, e inclusive para la propia Administración.

4.5.2.2. **La aplicación de los procedimientos especiales previstos en las leyes sectoriales administrativas**. El examen de la muestra constituida por veintinueve leyes administrativas evidencia que trece de ellas contienen un procedimiento sancionatorio especial, a saber: el Decreto Ley de Tránsito y Transporte Terrestre (LTTT), el Decreto Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro (LCAFA), la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU), la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRSNCF), la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (LOT), la Ley Orgánica del Poder Ciudadano (LOPC), el Decreto Ley de Registro Público y del Notariado (LRPN), la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión (L RESORTE), el Decreto Ley de Zonas Costeras (LZC), el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Turismo (LOTUR), la Ley Contra la Corrupción (LCC), el Decreto Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Decreto Ley de la Función Pública de Estadística (LFPE).

De los mencionados textos legislativos sólo la LTTT y la LPCU establecen expresamente la aplicación supletoria de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo que pareciera revelar el carácter de autosuficiencia que en los demás casos los legisladores pretendieron otorgarle a los correspondientes procedimientos sancionatorios, pero es necesario señalar que tal pretensión no fue lograda totalmente, pues solamente de cuatro o cinco de ellos podría predicarse esa nota, como quedará demostrado más adelante. Inclusive en algunos de esos casos, la Administración se ve constreñida a aplicar supletoriamente la LOPA o analógicamente otro de los instrumentos normativos, quedando así evidenciado que la indicada autosuficiencia es muy relativa.

Cuando una Ley administrativa diseña un procedimiento sancionatorio especial, puede ocurrir que ciertamente esté revestido de la suficiencia debida y, en consecuencia, bastará darle cumplimiento a todas sus fases y trámites para imponer la sanción, o declarar exento de responsabilidad al investigado. Luego, la Administración no requerirá aplicar ni supletoria ni analógicamente otros procedimientos. En cambio, cuando el diseño del procedimiento especial origina una laguna, que bien puede estar referida a un trámite como por ejemplo, las pruebas, y la ley no prevé solución alguna al respecto, pensamos que la Administración debe optar entre la aplicación supletoria de la LOPA, o la aplicación analógica del dispositivo de otra ley administrativa contentiva de un procedimiento que regule el mencionado trámite.

Advertimos que la experiencia venezolana permite identificar como la opción casi única, a la aplicación supletoria de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en la indicada forma forzosa y forzada. Sin embargo, esta opción no vale para el caso de que el trámite no esté previsto ni de manera directa ni indirecta en la LOPA, verbigracia el auto de apertura que no aparece en el procedimiento especial diseñado por la LTTT, así como en otras leyes. En esa hipótesis resulta forzoso aplicar analógicamente la norma de otra ley administrativa que regule un procedimiento sancionatorio que incluya dentro de sus trámites al auto de apertura, debiendo estar siempre esta aplicación analógica orientada por la idea de tutelar al máximo el derecho a la defensa del interesado.

Debemos reconocer que la situación un tanto caótica que caracteriza el panorama normativo en la materia bajo examen, ha conducido a las indicadas opciones, que si bien como tales encuentran sustentación en la teoría de la interpretación y aplicación de la ley, el tránsito por las mismas por parte de la Administración, sobre todo de la primera, porque de la segunda no tenemos información, está caracterizado por el "empirismo", debido a que no existe ni un estudio doctrinario, ni un pronunciamiento jurisprudencial sobre su procedencia, y cuando el órgano administrativo opta por dichas soluciones se limita a estampar un auto en el expediente sin ninguna otra motivación, identificando el tipo de aplicación, según el caso.

Por nuestra parte, pensamos que siempre será preferible, aunque reconocemos que no es lo más frecuente, optar por la aplicación analógica de dispositivos específicos de las leyes especiales que regulan procedimientos sancionatorios, y soslayar la aplicación supletoria de la LOPA.

4.5.2.3. **Leyes que no contemplan procedimientos sancionatorios especiales: ¿aplicación principal o supletoria de la LOPA, o aplicación analógica de otras leyes?** El examen de la muestra constituida por veintinueve leyes administrativas evidencia que quince de ellas, a pesar de que contienen un capítulo destinado a regular las sanciones, carecen de disposiciones regulatorias del procedimiento sancionatorio especial para imponerlas. Ellas son: la Ley del Banco Central de Venezuela (LBCV), la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (LOTSJ), el Código Orgánico Tributario (COT), el Decreto Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE), la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), la Ley Orgánica del Poder Ciudadano (LOPC), Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos (LOH), el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación

(LOCTI), el Decreto Ley de Licitaciones (LL) el Decreto Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (LAI), la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (LOSPP), el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR), la Ley Orgánica del Poder Electoral (LOPE), La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOU), la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio (LOOT) y la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (LPPLC).

Ahora bien, el procedimiento concebido como garantía, impone de manera incuestionable que el ejercicio de la potestad sancionatoria estatuido en las leyes enumeradas, que insistimos representan una muestra de todo el universo de los textos legislativos administrativos venezolanos, adquiere validez sólo si se realiza mediante la tramitación de un procedimiento sancionatorio, pero como ya expresamos, en Venezuela no existe una ley que regule un procedimiento general o común de esa naturaleza. Por tanto, la situación se inscribe en el panorama normativo antes descrito: de una parte, la LOPA que contiene un procedimiento ordinario que debe tramitarse para la emanación de actos administrativos no sancionatorios; y de otra, un conjunto de leyes en cuyos textos figuran procedimientos sancionatorios administrativos especiales.

4.5.2.3.1. **Las dificultades que confronta la aplicación por remisión de la LOPA**. Queda entonces por determinar la manera cómo debe dar cumplimiento la Administración a la mencionada garantía, y en ese orden de ideas, el primer paso que debe dar es determinar si la ley contiene un mandato de reenvío a otra ley específica, es decir, si asume el régimen procedimental contenido en otro texto legislativo. En el supuesto de que exista esta remisión, la solución consiste en la aplicación de dicho régimen, y de esa manera se subsana la omisión. Sin embargo, en la hipótesis de que la ley no contenga ningún reenvío, entonces la Administración deberá optar entre la aplicación analógica, bien de la LOPA, o bien de cualquiera de las leyes que contienen procedimientos sancionatorios especiales.

En esta línea argumental debemos precisar que sólo dos de las leyes antes enumeradas contienen normas de reenvío en el sentido indicado, y en ambos casos la remisión es a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. En efecto, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República estatuye en su artículo 104, que la sanción será aplicada por la autoridad competente previa "instrucción del **procedimiento sumario** establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos", y la Ley de Mensajes de

Datos y Firmas Electrónicas prevé en su artículo 49, que en la imposición de las sanciones el órgano competente aplicará "el **procedimiento ordinario** previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos".

Estas normas de reenvío seguramente originarán un serio problema a las autoridades administrativas, porque la situación resulta diferente cuando la LOPA suple un vacío de una ley que contiene un procedimiento especial (aplicación supletoria), a la derivada de esos dispositivos, que ordenan aplicar de manera principal, no supletoria *in totum* toda la LOPA, pues en realidad el cumplimiento del mandato legislativo obliga a que en la práctica la Administración deba crear un nuevo procedimiento sancionatorio, porque por muy grande que sea el esfuerzo "interpretativo" que realice, en estricto rigor, no le resultará posible integrar los trámites básicos de un procedimiento sancionatorio, en el procedimiento general delineado en la LOPA. En efecto, ya demostramos la incompatibilidad de las fases de ese procedimiento con los mencionados trámites (modo de iniciación, actuaciones previas, auto de proceder, alegatos, pruebas, separación de las unidades de instrucción y decisión, etc.).

Insistimos en que resulta discutible otorgarle carácter supletorio a la LOPA, en una ley que contenga un procedimiento sancionatorio, pero a la postre es admisible. En cambio, nos parece inaceptable que se erija mediante una norma de reenvío al procedimiento ordinario de la LOPA, en el régimen procedimental sancionatorio, porque materialmente no resulta posible, y el supuesto reenvío cobraría virtualidad en el caso de una supuesta "reinterpretación" de las normas de la LOPA que configuran el procedimiento ordinario o sumario, para crear un nuevo procedimiento. Tal posición, en primer lugar, revelaría una clara infracción de la norma de reenvío, pues la remisión es exclusivamente al procedimiento de la Ley remitida, no a uno nuevo creado a partir de la "reinterpretación" de ésta.

En segundo lugar, sería contraria a una de las exigencias implicadas en la garantía del procedimiento, que encuentra concreción en la necesidad de que las sanciones sean impuestas mediante la tramitación de un procedimiento predeterminado antes de cometer la infracción, y en este caso "la creación" hermenéutica del **nuevo procedimiento**, sería posterior a ese momento; de allí las serias dificultades que confronta la aplicación de estas normas de reenvío. Y para terminar de poner en evidencia la desorientación de los legisladores, encontramos que en una ley la remisión es al **procedimiento sumario**, y en otro, al **procedimiento ordinario**, siendo que el primero

es una abreviación del segundo, sólo se iniciará de oficio y tendrá una duración de treinta días, y corresponde a la Administración comprobar de oficio "la verdad de los hechos y demás elementos de juicio para el esclarecimiento del asunto" (arts. 67 y 68 LOPA).

4.5.2.3.2. **La exclusión de la aplicación analógica de la LOPA, y la preferencia por la aplicación analógica de las leyes que prevén procedimientos sancionatorios especiales**. La situación que originan las leyes que no contienen normas de reenvío ni a la LOPA, ni a ningún instrumento normativo, también impone que a los efectos de ejercer la potestad sancionatoria, la Administración arbitre una solución en el marco de los principios que informan el ordenamiento jurídico, y en tal sentido puede optar por la aplicación analógica de los dispositivos pertinentes de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Sin embargo, esa solución confrontaría los mismos problemas derivados de la aplicación de las normas de reenvío, antes examinados, e inclusive, por esas razones sería dudoso que se configuraran los presupuestos de este tipo de aplicación. Por consiguiente, pareciera la solución más aconsejable acudir a la aplicación analógica de las normas que regulen un procedimiento sancionatorio especial de alguna de las leyes que lo contemplen.

En esencia la base de dicha aplicación residiría en la relación de semejanza entre los elementos del caso regulado expresamente, constituidos por el procedimiento (fases, trámites, etc.), y algunos elementos del otro, no regulados (ausencia de procedimiento). En todo caso, la Administración al escoger las disposiciones que aplicará analógicamente estará obligada a preferir aquellas que mejor desarrollen el derecho a la defensa del inculpado o interesado, y aunque no resulta relevante, sería conveniente que seleccionase las contenidas en un texto legislativo que discipline una materia similar. Por ejemplo, si la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio no contiene régimen sancionatorio, la Administración debe aplicar el establecido en la Ley de Zonas Costeras, en lugar del de la L.RESORTE, o la LOT.

Por supuesto, que una vez que decida aplicar analógicamente el instrumento normativo que corresponda, deberá continuar haciéndolo cada vez que ejerza la potestad sancionatoria, a los fines de respetar el principio de seguridad jurídica. O sea, que no podrá pretender aplicar una ley distinta a la aplicada originalmente, ni aun en el caso de que sea promulgado un texto legislativo que estatuya un procedimiento más completo.

Por último, observamos que bien que se apliquen directa y agotadoramente los procedimientos contemplados en las leyes especiales, o que se apliquen supletoriamente, de todas maneras la situación del panorama normativo dista mucho de ser la ideal, en virtud de las diferencias, en algunos casos significativas, que se infieren de las distintas regulaciones, pues ya hemos señalado que pocas de ellas diseñan procedimientos sancionatorios integrales, en tanto que en su estructura integran cada uno de los trámites que resultan esenciales para emanar la decisión definitiva, y que la mayoría, por el contrario los diseñan parcialmente, lo que puede implicar el sacrificio del derecho a la defensa, e inclusive el de la presunción de inocencia, del inculpado o interesado; de allí que la solución de la situación no apunte hacia el establecimiento de un procedimiento sancionatorio, en cada ley administrativa que confiera potestad sancionatoria a la Administración, sino más bien hacia la promulgación de la una ley que instituya un procedimiento sancionatorio común.

4.5.3. **El principio de legalidad procedimental**.

4.5.3.1. **Contenido y vigencia del principio**. Ya expusimos en la primera parte de este capítulo que a partir de los inicios del siglo XX, la doctrina avanzó rápidamente en el estudio del procedimiento administrativo, llegando a elevarlo casi a la categoría de principio del Derecho Administrativo, en virtud de que fue condicionada la validez de los proveimientos definitivos de la Administración a la tramitación previa del procedimiento, tesis que fue acogida tanto por la doctrina, como por el Derecho positivo. Desde luego, que siendo el procedimiento sancionatorio una modalidad del procedimiento administrativo, y en virtud de la estrecha relación que existe entre la potestad sancionatoria de la Administración y los derechos fundamentales, consecuencialmente se admitió que el aludido principio debía encontrar una aplicación incuestionable en el ámbito de la mencionada potestad. En otros términos, la concreción de ese principio dio y da lugar a la operacionalización de una garantía conocida doctrinariamente como "garantía de procedimiento", cuyo cumplimiento impone a la Administración la obligación ineludible de dictar todo proveimiento definitivo, sobre la base de la tramitación del respectivo procedimiento.

Ahora bien, en la actualidad puede afirmarse que todo ordenamiento consagra directa o indirectamente esa garantía, más aún, en el ámbito sancionatorio, pudiendo radicar la diferencia en el rango de la norma que se utilice para configurarla. Así, si se establece que dicho rango sea única-

mente legal, entonces la doctrina ha optado por referirse al "Principio de legalidad procedimental en materia sancionatoria", sustituyendo de esa manera a la expresión "garantía de procedimiento", la cual mantiene su connotación sustantiva, con la particularidad de que puede ser consagrada por normas de rango legal o sublegal. En cambio, como será fácil advertir que el principio bajo examen de todas maneras expresa la referida connotación, pero con la peculiaridad de que únicamente puede ser consagrado por normas de rango legal.

En Venezuela pareciera no existir ninguna duda acerca de la vigencia del principio de legalidad procedimental en materia sancionatoria, pues el mismo encuentra consagración en la portada o denominación del derecho al debido proceso, con sus múltiples atributos, equivalente al **derecho al debido procedimiento sancionatorio** administrativo, consagrado en el encabezamiento del artículo 49 de la Constitución, y como se trata de un derecho fundamental necesariamente debe ser regulado por ley (art. 156, num. 32). Por lo tanto, todos los procedimientos sancionatorios administrativos deben ser creados mediante leyes formales, o actos con fuerza de ley.

En el supuesto negado de que esta equivalencia suscitara dudas, pudiendo en consecuencia rechazarse la tesis que postula el deber constitucional de crear procedimientos sancionatorios mediante normas de rango legal, las mismas quedan disipadas en el mismo artículo 156 *ejusdem,* que como es sabido contiene a la norma atributiva de las competencias del Poder Nacional, el cual en su numeral 32, le atribuye a dicho Poder la promulgación de leyes en **materia de procedimientos**, razón por la cual, conforme a la doctrina nacional, debe concluirse que el constituyente la calificó como materia reservada a la ley (reserva legal). En todo caso, pensamos que los dispositivos de los artículos 49, encabezamiento y 156, numeral 32, ambos de la Constitución se complementan, cuando son interpretados concordadamente, a los fines de postular la tesis acerca del principio de legalidad procedimental en materia sancionatoria.

De modo, pues, que así como las infracciones y las sanciones administrativas deben ser establecidas por instrumentos de rango legal, también el procedimiento mediante el cual se tramite la determinación de esas infracciones y la imposición de esas sanciones, tiene que ser disciplinado por normas de rango legal, configurándose de esa manera una interdicción para las autoridades administrativas de crear procedimientos por la vía reglamentaria; de allí, pues, que resulte concluyente que en Venezuela está

vigente el principio de legalidad procedimental en materia sancionatoria en sede administrativa.

Además conviene resaltar que no se trata de una mera formulación hermenéutica, pues el análisis de las leyes que constituyen la muestra evidencia que trece de ellas (46%) regulan procedimientos sancionatorios administrativos especiales, pero aquellas que no disciplinan ninguno (54%) de ninguna manera autorizan a la Administración para crear procedimientos, lo que desde luego sería francamente inconstitucional, pero evidencia la voluntad de los legisladores de respetar el mencionado principio. Y lo que es más importante, pese a la ausencia de procedimientos sancionatorios, cuya tramitación permita imponer sanciones administrativas, no existe ningún caso en que la Administración haya pretendido crear procedimientos *ex novo,* y ello se debe precisamente a la indudable vigencia del principio de legalidad procedimental en materia sancionatoria.

4.5.3.2. **Las garantías en que se desagrega el principio**.

4.5.3.2.1. **La prohibición de las sanciones de plano**.

4.5.3.2.1.1. **La recepción de la garantía en el Derecho positivo y en la jurisprudencia**. El principio bajo examen se desagrega en una garantía de carácter formal, que consiste en otorgar al Parlamento el monopolio de la regulación del procedimiento sancionatorio administrativo (reserva legal), examinada en el acápite anterior, pero quizás la garantía más importante, de carácter material, es la necesaria exigencia de un procedimiento previo para poder emanar un acto sancionatorio, que encuentra concreción en forma negativa en la denominada por la doctrina **prohibición de las "sanciones de plano"**, la cual en Venezuela cobra plena vigencia, debido a la consagración en el artículo 49 constitucional, del derecho al debido procedimiento sancionatorio administrativo, cuyo cabal ejercicio impone a la Administración el deber ineludible de tramitar un procedimiento sancionatorio, antes de aplicar cualquier sanción administrativa, y consecuencialmente da lugar al establecimiento de la prohibición, por lo demás categórica, de las "sanciones de plano".

Así ha sido declarado por el máximo Tribunal, tanto durante la vigencia de la Constitución de 1961, como a partir de la entrada en vigencia de la Carta Magna de 1999. En efecto, en sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 8 de mayo de 2002, al

conocer una acción de amparo interpuesta contra el acto de cierre de "plano", ordenado por el INDECU, contra un establecimiento comercial, declaró "...Además no se observa de las actas que conforman el expediente que la medida de cierre del local propiedad de la supuesta agraviada **hubiese estado precedida por la apertura de un procedimiento administrativo**, en el cual ésta hubiese tenido la oportunidad de defenderse. Incluso, consta en el folio 30 del expediente, que la supuesta agraviante aceptó que no hubo un procedimiento administrativo previo a la actividad material de la administración... que la medida de cierre del local propiedad de... sin la apertura de un procedimiento constitutivo en el que el administrado hubiese tenido la oportunidad de alegar sus razones y presentar pruebas, **constituyó una evidente violación de sus derechos a la defensa y al debido proceso**".

Queda claramente reflejada en esa sentencia la garantía de la prohibición de la imposición de sanciones "de plano", pese a que la Sala no utiliza la expresión doctrinaria, pero es obvio que alude a ella implícitamente, cuando sustenta el mandamiento de amparo en la inexistencia del procedimiento, e igualmente que su violación constituye una evidente infracción del derecho al debido proceso –léase debido procedimiento sancionatorio–. Por otro lado, también la aludida garantía encuentra consagración en el ordenamiento positivo, cuando en desarrollo del citado artículo 49 constitucional, las leyes administrativas establecen un procedimiento sancionatorio especial, como el contenido en cada una de las trece leyes antes identificadas, cuya tramitación resulta obligatoria a los fines de emanar el proveimiento definitivo.

También queda reflejada implícitamente en las leyes contentivas de un régimen de sanciones, que no establecen el correspondiente procedimiento sancionatorio, las cuales condicionan tácita o expresamente, mediante la aplicación analógica, o la técnica del reenvío, la validez de la emanación del proveimiento a la previa tramitación del procedimiento sancionatorio. En fin, a la luz de los razonamientos anteriores, resulta forzoso concluir en que en Venezuela está vigente la garantía de la prohibición de la imposición de "sanciones de plano".

4.5.3.2.1.2. **La violación de la garantía de procedimiento por el artículo 105 de la LOCGRSNCF**. Pese a los anteriores argumentos derivados de la propia Constitución y de la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, observamos que el artículo 105 de la LOCGRSNCF, atribuye la competencia exclusiva y excluyente al Contralor General de la República para "imponer sanciones de plano". Efectivamente, el citado esque-

ma normativo estatuye que: "...Corresponderá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente**, sin que medie ningún otro procedimiento**, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo... su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años...".

Hay que acotar que el dispositivo transcrito parcialmente, dispone que estas sanciones deben imponerse después que el órgano competente ha declarado la responsabilidad administrativa del investigado y ha sido sancionado con una multa. Ocurre que toda sanción de esta naturaleza debe hacerse del conocimiento del Contralor General de la República, quien en resolución separada, atendiendo a la entidad del ilícito cometido, está facultado para imponer unas nuevas sanciones, **sin que medie ningún otro procedimiento**.

Pensamos que el aludido precepto legal infringe la garantía de la prohibición de las "sanciones de plano", consagrada en el artículo 49 de la Constitución, debido a que son impuestas sin la tramitación del debido procedimiento. Así parece haberlo entendido uno de los magistrados de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al salvar su voto en una sentencia de amparo cautelar dictada por dicho órgano jurisdiccional, mediante la cual acordó suspender la aplicación del artículo 105 de la LOGCRSNCF a los recurrentes, pero no porque en su criterio violase la prohibición de las sanciones de plano, y por ende, el derecho al debido proceso, sino porque "la aplicación de la norma podría implicar perjuicios irreparables por la definitiva".

El magistrado Rincón razonó su voto salvado así: "...que la competencia otorgada por la norma impugnada al Contralor General de la República para imponer las sanciones previstas en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, no implica violación del derecho a la defensa de los recurrentes, habida cuenta que la eventual aplicación de dichas sanciones **debe estar adminiculada con la apertura de un procedimiento administrativo** a fin de que las partes interesadas expongan todos los alegatos que estimen necesarios para la defensa de sus intereses".

En nuestro criterio, el artículo 105 de la LOCGRSNCF infringe flagrantemente la garantía relativa a la prohibición de las sanciones de plano y, por ende, el artículo 49, de la Constitución que la consagra. En efecto,

cabe observar que en el citado esquema normativo el ejercicio de la potestad sancionatoria del Contralor General de la República, depende de la imposición previa de una sanción, generalmente impuesta por otro órgano de control fiscal, en virtud de haberse declarado la responsabilidad administrativa a un administrado, casi siempre funcionario público, y además aparece condicionado a la constatación por parte del Contralor de la entidad del ilícito cometido, y por supuesto que la constatación de este hecho implica la apertura de un nuevo procedimiento, en el cual el funcionario puede ejercer todos los atributos del derecho a la defensa, que es precisamente el que pretende suprimir el dispositivo bajo examen, lapidariamente con la frase "sin que medie ningún otro procedimiento". Negarse a abrir el procedimiento como ocurre actualmente, implica violar la garantía de la prohibición de "sanciones de plano", violación que reviste visos de mayor gravedad si se tiene en cuenta que el Contralor General de la República "de plano" puede inhabilitar a un ciudadano para el ejercicio de toda clase de funciones públicas hasta por un lapso de quince años, que como hemos repetido a lo largo de este trabajo, casi equivale en términos metafóricos a una "muerte civil"; de allí, pues la inconstitucionalidad que afecta al artículo 105 de la LOCGRSNCF.

4.5.3.2.2. **La predeterminación del procedimiento sancionatorio**. La doctrina ha señalado con sobrada razón que no basta la garantía del procedimiento previo o prohibición de las sanciones de plano, sino que a la misma debe acumularse la relativa a la exigencia de la predeterminación del procedimiento, es decir, que el acto sancionatorio si bien debe estar precedido por la tramitación del procedimiento, éste debe ser establecido con anterioridad a la realización de la conducta que constituye la infracción. En otros términos, no vale crear el procedimiento a posteriori. Es obvio que nos referimos a la predeterminación del procedimiento mediante una ley o un acto de rango legal, en el marco del principio de legalidad procedimental, dado que también conforme a dicho principio está totalmente descartada esa predeterminación por parte de la Administración Pública, ya que la violación de esa garantía mediante la creación de un procedimiento sancionatorio, después que el administrado incurre en la infracción, puede provenir tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo (Administración).

Ahora bien, esa garantía encuentra fundamentación en el artículo 49, encabezamiento, de la Constitución, que consagra el debido proceso, o debido procedimiento, al aplicarse en sede administrativa, pues resulta lógico pensar que el constituyente exija la predeterminación de dicho procedimiento, esto es,

que se trate de un procedimiento ya establecido, inclusive por razones de seguridad jurídica. El citado precepto constitucional encuentra su desarrollo en las leyes administrativas que crean procedimientos especiales, y también en aquellas que no los crean, porque en esta hipótesis por vía de reenvío, de aplicación supletoria o de aplicación analógica, siempre el procedimiento aplicado aparece recogido en un instrumento normativo sancionado con anterioridad a la perpetración del ilícito administrativo.

Consideramos que el respeto a esta garantía impone que en aquellos casos en que deba aplicarse analógicamente una ley que contenga un procedimiento especial, la primera aplicación origina una especie de predeterminación del procedimiento, que obliga al órgano administrativo en aplicaciones posteriores a recurrir únicamente a él, impidiéndole invocar la analogía con relación a los dispositivos de otra ley, sea nueva o sancionada con anterioridad. Así, por ejemplo, si el Banco Central de Venezuela, cuya ley no delinea un procedimiento sancionatorio, decidiese aplicar analógicamente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cada vez que le corresponda ejercer nuevamente la potestad sancionatoria estará obligado a darle aplicación analógica del mencionado texto legislativo, sin poder por ejemplo, hacerlo con una nueva Ley de Bancos y otras Instituciones Financieras que establezca un procedimiento especial sancionatorio; de allí, pues, la indicada especie de predeterminación procedimental, erigida doctrinaria y normativamente en una garantía de los administrados.

Por último, debemos reiterar que todos los Poderes están impedidos de crear procedimientos sancionatorios con posterioridad al momento en que se comete la infracción. Lamentablemente, así no lo ha entendido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, órgano que en sentencia con carácter vinculante de fecha 23 de junio de 2004 creó ex novo un procedimiento sancionatorio especialísimo mediante la mezcla, más que de la armonización, de normas del procedimiento civil y del procedimiento penal (flagrancia), destinado a regular el ejercicio de la potestad disciplinaria de los jueces, que les permite imponer sanciones de arresto hasta por ocho días. Por supuesto, que esta sentencia infringe claramente la garantía de la predeterminación del procedimiento.

4.5.3.2.3. **La pretendida garantía de la separación de los órganos de instrucción y de decisión en el procedimiento sancionatorio**. En la primera parte de esta capítulo demostramos que exigir esta garantía en el marco del procedimiento sancionatorio administrativo carecía de fundamentación, y

dejamos sentado que los intentos en las leyes administrativas de recoger esa especie de separación entre unidades administrativas del mismo órgano o ente, no eran más que una expresión del viejo principio de la división del trabajo, con la finalidad de imprimirle eficacia y eficiencia a la actuación administrativa, pues la figura organizativa de la jerarquía sobre la cual aparece montada, por obra de la ley, toda la Administración Pública, impedía que ese intento de separación lograra el propósito que se persigue con ella en el curso del proceso penal.

Pues bien, encontramos ejemplos de esa separación, que reiteramos abonan muy poco en favor de la imparcialidad exigida a la Administración, y mucho menos convierte a los titulares de los órganos administrativos en "jueces imparciales", en algunas de las leyes que establecen procedimientos sancionatorios, tales como LCAFA, que en su artículo 116 atribuye la sustanciación a la Consultoría Jurídica del órgano, y la decisión al titular de la Superintendencia de Cajas de Ahorro (art. 123), la LPCU, que en su artículo 143 atribuye la sustanciación a la Sala de Sustanciación y la decisión al Presidente del Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor (art. 151).

En general todas las leyes de la muestra creadoras de procedimientos sancionatorios, distinguen entre la fase de sustanciación y la de decisión, pero sólo algunas, como las dos mencionadas, enfatizan la división del trabajo en el sentido indicado. Sin embargo, la práctica demuestra que todas las Administraciones Públicas, mediante los reglamentos orgánicos, esté o no prevista esa división en la ley pertinente, suelen atribuir la fase de sustanciación a una unidad administrativa, y la fase de decisión a otra, repitiendo en este supuesto la disposición legal, que casi siempre la atribuye a la máxima autoridad del órgano o ente. En fin, pese a que en las leyes venezolanas encuentra concreción la separación de las fases de instrucción y decisión, mediante su asignación a autoridades distintas, tal separación carece de la entidad de una garantía, cuyo cumplimiento pueda ser exigida por los administrados. Por lo tanto, la acumulación en un mismo órgano de ambas fases, no afecta la legalidad del procedimiento.

4.5.4. **La estructura del procedimiento sancionatorio**.

4.5.4.1. **La fase de iniciación**. Debemos comenzar este acápite señalando que todas las leyes de la muestra que contienen procedimientos sancionatorios administrativos, de manera expresa o implícita, los diseñan

articulándolos en las tres fases clásicas, propias del procedimiento administrativo general: de iniciación, de sustanciación y de decisión, presentándose las diferencias en la regulación de los trámites que las integran. Así, por ejemplo, las **actuaciones previas** al auto de apertura aparecen contempladas en una forma poco ortodoxa, por decir los menos, bajo la denominación de **investigaciones preliminares**, en los artículos 77 y siguientes de la LOCGRSNCF. También aparecen contempladas en forma más ajustada a los cánones doctrinarios en el artículo 39 de la LZC, bajo la denominación de "actuaciones previas o preliminares" para hacer constar la presunta infracción, en el cual se le fija un término de duración máximo de quince días, y en la LOICPC, que en su artículo 62, faculta a la Inspectoría General para realizar una "indagación preliminar", con el fin de verificar la ocurrencia de la conducta y la identidad del autor, así como determinar si la conducta es constitutiva de falta disciplinaria. En las restantes leyes examinadas no aparecen las actuaciones previas al inicio del procedimiento, las cuales cuando son reguladas de tal manera que obedezcan al propósito de ilustrar preliminarmente al órgano, y desde luego realizadas en un término perentorio, sin que impliquen ni el más mínimo asomo de imputación del presunto responsable, para la adopción de la decisión en torno a la procedencia o improcedencia del inicio del procedimiento, resultan, en nuestro criterio, en muchos casos verdaderamente necesarias.

Ahora bien, conviene precisar que dado el panorama normativo venezolano sobre el procedimiento administrativo sancionatorio, y vista la vigencia de la garantía de la predeterminación del procedimiento, sólo podrán realizarse actuaciones previas cuando estén contempladas como un trámite del procedimiento, de lo contrario aunque puedan parecer a la Administración necesarias, no podrá llevarlas a cabo, precisamente porque no forman parte del procedimiento predeterminado legalmente. Tampoco podrá invocarse la aplicación supletoria de una norma que sí las prevea en un procedimiento sancionatorio especial, porque, en primer lugar, en aquellos casos en que exista el procedimiento en la ley, la autoridad administrativa debe ajustarse en su tramitación a los estrictos términos de dicha ley, de tal manera que en esa línea de razonamiento, si por ejemplo, la Superintendencia de Cajas de Ahorro pretendiera aplicar supletoriamente a la LOCGRSNCF, para realizar actuaciones previas al inicio del procedimiento, alegando que las mismas no aparecen contempladas en el procedimiento que disciplina el ejercicio de su potestad sancionatoria, incurriría en una violación legal, por no ajustarse al procedimiento predeterminado en la LCAFA.

En segundo lugar, en aquellos casos en que las leyes no regulen el procedimiento sancionatorio, y deba aplicarse otro procedimiento por reenvío o acudiendo a la analogía, dicha aplicación debe hacerse *in totum,* de tal manera que podrá realizar este tipo de actuaciones si están contempladas en el procedimiento aplicado, pues si no están previstas no podrá realizarlas válidamente, ni tampoco podrá pretender aplicar adicionalmente una norma de otra ley que las integre en el respectivo procedimiento.

4.5.4.1.1. **Modos de iniciar el procedimiento (de oficio, denuncia y requerimiento de ente o funcionario público)**. Todas las leyes de la muestra que disciplinan procedimientos sancionatorios especiales, disponen que éstos pueden iniciarse de oficio o por denuncia, la cual puede ser oral o escrita, con excepción de la LOCGRSNC, la cual establece que también puede ser iniciado a solicitud de "cualquier organismo o empleado público" (art. 96), y de la LPCU, que añade como denunciantes, además del afectado en sus derechos, a las asociaciones de consumidores o usuarios, y añade como solicitantes al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo (art. 141).

Quizás sea importante resaltar que son las dos únicas leyes que parecen desarrollar el principio de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos sobre todo la última que en su artículo 149 convierte a los denunciantes en **interesados**, facultándolos para actuar en el procedimiento, al punto que les permite formular alegatos y promover, evacuar y producir pruebas. De esa manera se diferencia de todas las demás leyes que conceptúan a los denunciantes mediante un simple traslado de la noción que priva en el proceso penal, esto es, que la actuación finaliza con la interposición de la denuncia. Pero el texto legislativo en comento extiende esa condición de interesado al denunciante durante todo el curso del procedimiento, razón por la cual si en el proveimiento definitivo, la denuncia es desestimada, podrá interponer –aunque luzca poco ortodoxo– recurso de reconsideración y jerárquico, conforme a las previsiones legales, contra la decisión desestimatoria.

Escapa a los objetivos de este trabajo evaluar esta novísima disposición en materia de denuncia en sede administrativa, pero en principio nos parece que responde al señalado principio de participación ciudadana, recogido en el texto constitucional. No obstante, debemos precisar que uno de los denunciantes mencionado en el artículo 141 de la LPCU, es un verdadero interesado, porque sólo adquiere esa condición si invoca, y desde luego, demuestra que ha sido afectado en sus derechos, por un acto o

actuación de un comerciante o proveedor de bienes y servicios, pero en cambio, las asociaciones de consumidores y usuarios, sí son verdaderos denunciantes en la acepción clásica, quienes *"ope legis"* pasan a tener la indicada condición de interesados en el procedimiento sancionatorio contemplado en LPCU, el cual a diferencia de los demás, casi llega a revestir la naturaleza atípica que la doctrina nacional ha denominado impropiamente como "cuasijurisdiccional".

4.5.4.1.2. **El auto de apertura**. El examen de las leyes que integran la muestra evidencia que existe un cierto desorden en la regulación de este capital trámite de todo procedimiento sancionatorio, en virtud de que algunas de leyes, como la LTTT ni siquiera lo mencionan y se limitan a señalar que todas las fases del procedimiento, dentro de las cuales figura lógicamente la de iniciación, y dentro de ésta el auto de apertura, se ajustarán a lo dispuesto en la LOPA, y ya sabemos que ésta por su estructura no puede contemplar el trámite bajo examen. Por consiguiente, la solución al problema de este reenvío a una norma inexistente (que regule el auto de apertura), pareciera inscribirse en el marco de las proposiciones que formulamos anteriormente en esta materia. Otras leyes, como la LEFP y la LRPN, si bien no lo contemplan, con esa denominación, lo suplen con el "acto de cargos". En cambio, en la LCAFA, la LOT, la LOCGRSNC, la L. RESORTE, la LCC, la LOTUR y la LPCU, sí está previsto, e inclusive las tres primeras y la quinta establecen de manera expresa su contenido; la cuarta la sexta y la séptima carecen de una disposición en ese sentido.

Ahora bien, como señalamos en la primera parte de este capítulo, el auto de apertura, en primer lugar, resulta esencial para que se pueda iniciar todo procedimiento sancionatorio; y en segundo lugar, debe contener unos elementos mínimos esenciales, también enumerados en forma particularizada en esa parte, de tal manera que la inexistencia de uno de ellos afecta el correcto desenvolvimiento del procedimiento sancionatorio, e inclusive puede llegar a constituir una causal de nulidad del mismo, por lesionar el derecho a la defensa del inculpado o interesado, que puede dar lugar a la anulación del auto y a la reposición del procedimiento.

El análisis de las leyes que enuncian el contenido del auto bajo examen demuestra que en torno a este elemento tan importante las regulaciones son dispares e insuficientes. Al respecto baste con precisar que la LOT establece como únicos elementos de dicho auto el establecimiento claro de los hechos, y las consecuencias que pudieran desprenderse de la constata-

ción de los mismos (art. 179), la LOCGRSNCF establece como elementos del auto de apertura la descripción de los hechos imputados, la identificación de los presuntos responsables, la indicación de los correspondientes elementos probatorios y las razones que comprometen presumiblemente su responsabilidad (art. 96), la LCC incluye entre esos elementos a la base legal presuntamente inobservada, el sujeto llamado a dar cumplimiento a la misma y los elementos probatorios correspondientes (art. 35), y la LCAFA incluye a la identificación del denunciante y del presunto infractor, la dirección del lugar donde se practicarán las notificaciones pertinentes, los hechos denunciados expresados con claridad, la referencia a los anexos que acompañen, si es el caso, las firmas de los denunciantes, y cualesquiera otras circunstancias que permitan el esclarecimiento de los hechos.

La disparidad de criterios en las cuatro leyes que aluden al contenido del auto apertura resulta evidente, e igualmente es palmario el distanciamiento, en menor o mayor grado, de los elementos esenciales que necesariamente debe contener ese auto. Pero, por otro lado, la situación se complica, porque algunas leyes contemplan el auto, pero omiten toda referencia a su contenido, y otras, como hemos afirmado, ni siquiera lo mencionan. Esta irregular situación normativa en torno a uno de los trámites esenciales del procedimiento sancionatorio, por supuesto originada en la inexistencia de una ley que discipline de manera general este procedimiento, y en la proliferación de leyes que crean procedimientos particulares, sin duda que dificulta el ejercicio cabal de la exorbitante potestad sancionatoria de la Administración Pública, siempre en detrimento de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Desde luego que escapa a los objetivos de este trabajo entrar a examinar en cada una de esas leyes las antinomias, disparidades, omisiones, etc., que presentan; no obstante, lo que sí es cierto es que deben encontrar soluciones hermenéuticas en el marco de los principios que informan al procedimiento sancionatorio, algunas de las cuales hemos asomado en páginas anteriores, pero en todo caso la solución general tendrá que encontrar su asiento en una ley, cuya sanción debido a la indicada situación normativa es más que urgente, que regule el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, y por supuesto al correspondiente procedimiento.

4.5.4.2. **La fase de instrucción o sustanciación**.

4.5.4.2.1. **Los alegatos o alegaciones**. Como ya afirmamos, la fase de instrucción o sustanciación del procedimiento sancionatorio es quizás la más

importante de todas, porque la actuación tanto de los interesados como de la propia Administración, tiene como finalidad el esclarecimiento de los hechos y la determinación o no, de la culpabilidad de los que figuran como presuntos responsables en el auto de apertura. Así aparece concebido en las leyes de la muestra que establecen procedimientos, y en lo que respecta al trámite de los alegatos o alegaciones, casi todas lo contemplan, bien bajo la denominación de "alegatos", de escritos de alegatos, escrito de defensa o escrito de descargo.

Así, recibe esta última denominación en la LEFP (art. 89), en la LTTT (art. 140) y en la LOPC (art. 33) , como alegatos o escrito de alegatos aparece en la LOT (art. 179), en la LOICPC (art. 74), en la LRESORTE (art. 31), en la LZC (art. 44), en la LFPE (art. 71), y en la LOTUR (art. 95, num. 2) recibe la particular denominación "contestación a los hechos que se le imputan". Sólo en la LCC es denominado "escrito de defensa" (art. 35). En la LOCGRSNCF deben ser formulados en la audiencia pública que constituye un trámite esencial del procedimiento (art. 101). Esa misma solución normativa aparece recogida en la LRPN (art. 92).

Es importante destacar que ni la Ley Orgánica de Protección al Consumidor y al Usuario, ni el Decreto Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro, contemplan en los respectivos procedimientos sancionatorios, el trámite de los alegatos o alegaciones bajo ninguna denominación. Suponemos que se trata de un mero error material de los legisladores, y de ninguna manera que se pretenda suprimirlo, porque como hemos afirmado resulta de importancia capital a los fines de la formación del "nudo argumental" que va a orientar la actividad sustanciadora, pero sobre todo resulta capital para el ejercicio del derecho a la defensa de los investigados. Por lo tanto, esa omisión tiene que ser suplida a todo evento, inclusive mediante la aplicación directa del artículo 49, numeral 1, de la Constitución.

Queda, pues, demostrado que uno de los atributos fundamentales del derecho a la defensa, como lo es la formulación de alegatos, está previsto en casi todas las leyes que contienen procedimientos sancionatorios, y en las pocas que no lo prevén, esa omisión debe ser suplida mediante la aplicación del citado dispositivo constitucional, permitiendo al inculpado o interesado, la presentación oportuna de sus alegatos. Sin embargo, observamos diferencias en la regulación del trámite bajo examen, las cuales no dejan de tener importancia en el marco de un procedimiento sancionatorio, como ocurre en la LOCGRSNCF y la LRPN, que imponen al

interesado la obligación de formular sus alegatos en forma oral en una audiencia pública, reduciéndole, en nuestro criterio, los márgenes del derecho a la defensa al administrado, e igualmente reduciendo las posibilidades de esclarecimiento de los hechos, en virtud de que a esa audiencia se reduce en la práctica toda la fase de sustanciación, lo que a la postre puede lesionar también a los intereses generales vinculados al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración Pública, bien porque favorezca al administrado, bien porque lo perjudique.

No nos oponemos a la oralidad en este tipo de procedimientos, pero la misma debe integrarse en un trámite que responda a la concepción de los informes que priva en el ámbito jurisdiccional. Por tanto, la audiencia oral se celebraría como el trámite conclusivo de la sustanciación, pudiendo de esa manera el interesado formular sus alegatos y realizar la actividad probatoria que considere conveniente a sus intereses, previa y oportunamente, e igualmente la Administración podrá realizar todas aquellas diligencias legales que estime pertinentes para intentar desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al inculpado o interesado. Cabe destacar que de esa manera aparece regulada la audiencia oral y pública en los artículos 82 y 83 de la LOICPC, siendo ese el único texto legislativo que sigue la mencionada orientación, que en nuestro criterio es la ajustada al texto constitucional.

Por supuesto, que sobre el contenido de los alegatos, las leyes están impedidas de establecer regulaciones, como sí ocurre con el auto de apertura, pues corresponderá a los interesados imprimirle, según cada caso, el contenido que consideren más conveniente para su defensa, que en términos generales puede aludir a argumentos o razones de forma y de fondo.

4.5.4.2.2. **Las pruebas**. Del examen de las leyes que integran la muestra se desprenden en esta materia, las siguientes conclusiones relevantes: a) todas las leyes de manera expresa o implícita superan el criterio de la prueba tasada y consagran el principio de la libertad de prueba, y desde luego establecen lapsos que van desde cinco días hábiles para la promoción y evacuación de pruebas, como en el caso de la LEFP (art. 89) hasta un máximo de veintiocho días hábiles en la LOICPC; b) la mayoría de las leyes no regulan la forma de valoración de las pruebas; no obstante, las pocas que sí lo hacen, obligan a utilizar a tal efecto las reglas de la "sana crítica", siempre dejando a salvo la primacía de la aplicación de las reglas expresas para valorar el mérito de determinados medios de prueba (LOCGR-SNCF, art. 102, LOICPC, art. 74).

c) Ninguna de las leyes establece la exigencia de la prueba pertinente o procedente y, en consecuencia, no definen, lo que resultaría bastante útil para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de responsabilidades, en qué consiste una prueba procedente o pertinente y qué es una prueba improcedente o impertinente, pues tal definición que en sede administrativa admite alguna matización, con relación a la que priva en sede jurisdiccional, resulta muy importante en el marco de una potestad exorbitante como la que detenta la Administración, para la admisión y la valoración de las pruebas llevadas a los autos por los interesados.

Por otra parte, cabe señalar que sólo la LRPN en este orden de razonamiento se refiere en el artículo 92 a la "prueba lícita", de cuya acepción, si se interpreta el dispositivo en forma extensiva, podría formar parte la prueba pertinente, y la prueba impertinente, tal como aparecen definidas en el artículo 137.4 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, transcritas en la primera parte de este capítulo. Sin embargo, pareciera que la ratio del citado artículo 92 de la LRPN, sería contraponer la prueba lícita a la "prueba prohibida".

Finalmente, conviene reiterar que el trámite probatorio está presente en forma expresa en todas las leyes que forman parte de la muestra, como un derecho tanto del interesado como de la Administración, salvo en la Ley contra la Corrupción, que en su artículo 35 faculta únicamente a la Contraloría General de la República para realizar actividad probatoria, órgano este que en el mismo auto de apertura del procedimiento debe aportar los elementos probatorios de la incriminación. Sin dudas que dicha regulación es totalmente errónea, y colide con el derecho a la defensa, pero ello se debe básicamente al señalado caos que impera en materia de procedimiento sancionatorio administrativo, porque el diseñado en ese instrumento normativo está integrado sólo por el auto de apertura, el escrito de defensa y la decisión. Por supuesto que esa normativa tiene que ser interpretada de conformidad con la Constitución, debiendo abrirse necesariamente el correspondiente lapso probatorio, después de la presentación del escrito de defensa por el interesado.

4.5.4.2.3. **La negativa del investigado a declarar contra sí mismo y a declarar su culpabilidad**. En la primera parte de este capítulo destacamos que la doctrina consideraba a esta negativa como una expresión pasiva del derecho a la defensa, y que así es conceptuada en muchos ordenamientos,

llegando en alguno de ellos hasta encontrar recepción en el texto constitucional. En Venezuela la Constitución de 1961, en su artículo 60, ordinal 4º, contemplaba ese atributo, pero como una garantía del derecho a la libertad y seguridad personales; por tanto se restringía la validez de su invocación exclusivamente a las **causas penales**. La Constitución de 1999, que como hemos dicho introduce el derecho al debido proceso, como un derecho complejo integrado a su vez por un conjunto de derechos fundamentales, o si se quiere como atributos del derecho al debido proceso, que pueden ser invocados bien como una modalidad del derecho primigenio, o como un derecho autónomo, con la particularidad de que el encabezamiento del precepto (art. 49) establece la obligación de aplicarlo a todas las actuaciones judiciales y **administrativas**.

Pues bien, el numeral 5 del citado artículo 49 constitucional estatuye en forma categórica que: "Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad". De modo, pues, que la Constitución lo erige en atributo del derecho al debido proceso, razón por la cual sin duda puede ser ejercido por los inculpados e interesados en un procedimiento sancionatorio administrativo.

Observamos que debido a la concepción que imprime la Constitución al derecho al debido proceso, desde el punto de vista del Derecho positivo la prohibición a autoincriminarse en sede judicial o administrativa, forma parte del mencionado derecho, pero desde la perspectiva doctrinaria se afirma que es un atributo del derecho a la defensa. Esa afirmación encuentra sustento, por lo menos en Venezuela, en el hecho de que hasta 1999 el eje sobre el cual se articulaba el debido proceso siempre había sido el derecho a la defensa, al punto que durante la vigencia de la Constitución de 1961, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, el derecho a la defensa era equiparado al derecho al debido proceso, e inclusive en las acciones de amparo cuando se invocaba uno de los dos, el precepto constitucional que las fundamentaba era el contenido en el artículo 68, que literalmente consagraba el derecho a la defensa.

Es lógico pensar que en aquellos países cuyo diseño constitucional del derecho al debido proceso sea diferente al contenido en la Constitución de 1999, la negativa a autoincriminarse forme parte del derecho a la defensa desde la perspectiva pasiva. Esa es la tesis que priva en dichos países, y que perfectamente podría ser recibida por la doctrina venezolana, pese a la letra

del texto constitucional, pues sustantivamente la negativa del interesado a declarar contra sí mismo o a declarar su culpabilidad, resulta incuestionablemente una clara expresión del mencionado derecho a la defensa.

Sea que prime la letra de la Constitución, o la tesis doctrinaria, lo que sí resulta cierto es que en los procedimientos sancionatorios administrativos este derecho del interesado aparece como un trámite de la fase de sustanciación integrado a la defensa, junto con los alegatos y las pruebas. Debemos reconocer que todavía el precepto constitucional no ha sido desarrollado en las leyes administrativas, al punto que una sola de las que forman parte de la muestra examinada, contempla una disposición en ese sentido. Se trata del Decreto Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, cuyo artículo 76, bajo la denominación "Declaración del Funcionario" prescribe: "Dentro del lapso establecido en el artículo anterior, se fijará un día y hora para la declaración del funcionario investigado, con asistencia de su apoderado. **Antes de comenzar la declaración, se le informará de sus derechos, especialmente del contenido en el numeral 5 del artículo 49 de la Constitución Bolivariana de Venezuela**".

Es muy importante precisar que la omisión de un dispositivo de este tenor en las restantes leyes reguladoras de procedimientos administrativos sancionatorios, así como en aquellas que prevén sanciones administrativas, pero carecen de una disciplina sobre procedimientos de la clase antes indicada, de ninguna manera impide el ejercicio del derecho del interesado a negarse a declarar contra sí mismo y a declarar su culpabilidad, pues el carácter normativo de la Constitución así lo impone, y además así también se desprende del artículo 22 del texto constitucional, el cual prescribe que la falta de ley reglamentaria de los derechos humanos **no menoscaba el ejercicio de los mismos**. No está demás señalar que el derecho al debido proceso, y su atributo bajo examen, forman parte de los derechos humanos enumerados y definidos en el Título III de la Constitución, denominado "De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes".

En suma, queda claro que en todo procedimiento administrativo sancionatorio el derecho del interesado a no declarar contra sí mismo, así como a negarse a declarar su culpabilidad, forma junto con la formulación de alegatos y la promoción, evacuación y producción de pruebas, la trilogía de trámites esenciales que tornan operativo el ejercicio del derecho a la defensa, y todos ellos están previstos en la Constitución o en las leyes que establecen este tipo de procedimientos o en ambas.

4.5.4.2.4. **La asimetría de la fase de sustanciación en algunas leyes regulatorias de procedimientos sancionatorios administrativos**. El examen de las leyes que integran la muestra evidencia que los principios de imparcialidad y de igualdad que deben presidir las actuaciones de la Administración Pública en el ejercicio de la potestad sancionatoria, en algunas leyes resulta casi inexistente. Es dable pensar que la fase de sustanciación debe estar destinada a esclarecer los hechos y a determinar la culpabilidad o inocencia del presunto responsable identificado en el auto de apertura, razón por la cual, pese a que la Administración tiene el deber de impulsar el procedimiento, todas las diligencias realizadas por el órgano sustanciador tienen que estar sujetas al control del administrado, quien se puede oponer válidamente a las promovidas por el instructor, por considerarlas impertinentes.

En este orden de ideas, es necesario señalar que las pruebas y diligencias promovidas o realizadas por la Administración deben estar estrechamente relacionadas con el esclarecimiento de los hechos, y una norma que pretenda enumerar en abstracto unas categorías de diligencias probatorias únicamente promovidas y realizadas por la Administración, válidas para todos los procedimientos sancionatorios que lleve a cabo, rompe con los principios formales de imparcialidad e igualdad, porque planteada de esa manera toda oposición a la realización de una diligencia de esa clase, que el interesado considere improcedente, por estar dentro de las facultades, casi inquisitivas, atribuidas a la Administración, tendrá mucha probabilidad de ser desestimada.

En esa línea argumental, a los efectos de demostrar las referidas facultades casi exorbitantes de la Administración en la fase de instrucción, traemos a colación el artículo 116 de la LZC, que autoriza al órgano instructor para realizar entre otras diligencias, todas de carácter inquisitivo, las siguientes: a) **emplazar**, mediante la prensa nacional o regional, a cualquier persona interesada que pudiere suministrar información relacionada con la presunta infracción. Y nos preguntamos ¿qué medio de prueba es ése, y cómo hace, por ejemplo, el interesado para tacharlo, si desconoce totalmente a los que se presenten, así como su eventual vinculación con la Administración? Inclusive en el estado actual de nuestra sociedad puede llegar a convertirse en un elemento de revancha. ¿Y acaso la publicación por la prensa nacional del hecho y del presunto responsable, no constituye una sanción adelantada? Todas las respuestas a las anteriores interrogantes apuntan hacia la violación de los mencionados principios de igualdad y de imparcialidad que deben orientar el procedimiento sancionatorio.

b) Realizar u ordenar las inspecciones que considere pertinentes a los fines de la investigación. Sin duda que se trata del otorgamiento de una facultad discrecional a la Administración, que irregularmente utilizada por el órgano instructor puede servir para "ablandar" al interesado, pues perfectamente en una investigación relacionada con la administración de una Caja de Ahorros, el órgano instructor puede solicitar, en virtud de que está facultado para ello, las declaraciones de impuesto sobre la renta, copia de la declaración jurada de bienes, o el estado de las cuentas en las entidades bancarias del interesado, todas en criterio de la Administración "pertinentes". Por supuesto que un poder como éste, ejercido en la fase de sustanciación, sin estar sujeto a ningún tipo de control, infringe los mencionados principios.

Igualmente los principios de igualdad e imparcialidad que deben presidir al procedimiento sancionatorio administrativo, quedan bastantes lesionados en el artículo 181 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que repite las mismas disposiciones antes comentadas de la LZC, y nos limitamos solamente a transcribir algunas de las que añade, dejando su apreciación legal y constitucional al juicio de quienes lean la presente monografía: a) "Solicitar a otros organismos públicos información relevante respecto a las personas involucradas, siempre que la información que ellos tuvieren no hubiere sido declarada confidencial o secreta, de conformidad con la ley"; b) "Citar a declarar cualquier persona en relación con la presunta infracción"; c) "En el curso de la investigación cualquier particular podrá consignar en el expediente administrativo los documentos que estime pertinentes, a los efectos del esclarecimiento de la situación".

Todas las anteriores facultades son otorgadas también al órgano sustanciador en el artículo 32 de la LRESORTE. Pues bien, observamos una tendencia en las últimas leyes administrativas que establecen procedimientos sancionatorios a desconocer en la fase de instrucción los señalados principios de igualdad e imparcialidad, mediante el conferimiento a los órganos de sustanciación de unas amplísimas "facultades de investigación", en la LRESORTE, de realizar actos en la LOT y en la LZC, configurando de esa manera un procedimiento totalmente asimétrico, sin dudas de naturaleza inquisitiva, en lugar de la naturaleza básicamente acusatoria de los procedimientos sancionatorios, sean penales o administrativos.

4.5.4.3. **La fase conclusiva o de decisión**.

4.5.4.3.1. **Los lineamientos generales derivados de las leyes de la muestra**. Del examen de las leyes que integran la muestra se desprenden en esta materia la siguientes conclusiones relevantes: a) todas las leyes de manera expresa regulan la fase de decisión, que se inicia una vez terminada la de sustanciación, a la cual suelen colocarle un término que implica la obligación de dictar la decisión, que va desde cinco días hábiles como en el caso de la LPCU (art. 147), hasta un máximo de treinta días hábiles, como en el caso de la LRESORTE (art. 35); igualmente todas las leyes facultan al órgano competente para prorrogar el plazo de decisión, que obviamente es el mismo de duración de la fase bajo examen, y generalmente el término de prórroga es menor que el ordinario, como por ejemplo la LZC, que establece en quince días el plazo para decidir, y permite su prórroga hasta por tres días hábiles (art. 46).

b) Algunas de las leyes, siguiendo las pautas del procedimiento jurisdiccional, contemplan la posibilidad de que los órganos encargados de decidir dicten autos para mejor proveer, como la LOCGRSNCF (art. 103), y la LCC (art. 35), y a diferencia de las anteriores la LRESORTE (art. 35), y la LOT (art. 185) los facultan para que ordenen la realización de cualquier acto de sustanciación, cuando lo estimen conveniente, siempre dentro del plazo fijado para emanar el acto definitivo. En las leyes no queda clara la diferencia que existe entre estos tipos de actos, salvo la de carácter formal, en virtud de que los primeros los ejecuta el órgano competente para decidir, y los segundos la unidad de sustanciación. No obstante, cuando emane de la mencionada, dependiendo de su naturaleza, debería permitirse al interesado ejercer oportunamente su derecho a la defensa, si las resultas del cumplimiento del auto pudieran afectarlo. Así por ejemplo, si fuese una prueba, oponerse a la misma, o ejercer el control de su evacuación.

c) La LOCGRSNCF, la LRPN y la LOICPC, establecen que la decisión debe dictarse el mismo día en que se celebre la audiencia oral y pública, también en forma oral. Posteriormente la decisión debe ser consignada en el expediente en el plazo de cinco días hábiles, en el caso de la primera ley, y de tres días en el caso de la segunda y la tercera. Prevé la LOCGRSNCF que la decisión pueda ser dictada, desde luego, en forma oral y pública, al día siguiente de la celebración de la aludida audiencia.

4.5.4.3.2. **El contenido de la decisión**. Sólo la LOICPC en su artículo 85 regula el contenido de la decisión definitiva, por cierto, en forma bastante ajustada a los parámetros que suele enumerar la doctrina extranjera. Por esa razón consideramos conveniente resumir los elementos que integran dicho contenido, a saber: a) un resumen de los hechos imputados; b) una síntesis de las pruebas evacuadas y producidas; c) un resumen de los alegatos del funcionario investigado; d) los fundamentos de hecho y de derecho constitutivos de la motivación; e) el señalamiento de las infracciones probadas; f) "la decisión que se adopte", es la expresión utilizada por la ley, pero en realidad se trata de la disposición o parte dispositiva de la decisión, porque la decisión como resulta obvio es el acto definitivo de cuyo contenido forma parte la indicada disposición o el dispositivo, en términos procesales; g) los recursos que el interesado puede intentar contra la decisión.

Observamos que una norma del tenor de la resumida, pese a sus pocas imperfecciones formales, no sólo orienta a la Administración en la elaboración de la decisión, sino que resulta muy importante a los fines de permitir el ejercicio del derecho a la defensa al administrado sancionado, porque es a partir del examen de algunos o de todos esos elementos, por supuesto con vista en las actas del expediente, que el sancionado optará por interponer o no el correspondiente recurso, y si decide hacerlo entonces deberá intentar desvirtuarlos. Inclusive podría hasta afirmarse que en el contenido descrito en la norma existen elementos esenciales y complementarios. Integrarían la categoría de los primeros: la síntesis de las pruebas evacuadas y producidas, el resumen de los alegatos del investigado, los fundamentos fácticos y jurídicos de la motivación, la indicación de las infracciones que se consideran probadas y, desde luego, a disposición o dispositivo. Los demás deben reputarse como complementarios. Y en ese orden de ideas, cabe pensar que si falta alguno de los primeros, podría configurarse el vicio de indefensión.

Ahora bien, como de las trece leyes de la muestra que establecen procedimientos sancionatorios, únicamente la LOICPC contiene un dispositivo que enumera los elementos de la decisión definitiva, sería deseable que la Administración Pública venezolana cuando ejerza la potestad sancionatoria prevista en las restantes doce leyes, aplicara analógicamente dicho dispositivo y, por supuesto, también cuando la ejerza fundamentada en las leyes que no prevén procedimientos sancionatorios.

Por otra parte, únicamente la LTTT prevé un adelanto de la fase de decisión, debido a que en su artículo 141 estatuye que si en el acto de

comparecencia (fase de instrucción) el inculpado demuestra el pago de la multa, o admite que cometió la infracción, y procede a pagar la multa, se **dará por concluido el procedimiento administrativo**. Esa misma ley contempla en su artículo 145 una especie de perención del procedimiento originada en la falta de decisión en el plazo establecido. En efecto, el aludido dispositivo prescribe: "La falta de decisión oportuna en los plazos previstos en el presente procedimiento, a excepción del recurso de reconsideración, **acarreará la culminación del procedimiento administrativo** y la consecuente responsabilidad de los funcionarios involucrados conforme a la ley".

En cambio, la LCAFA frente al incumplimiento de los lapsos fijados en su artículo 123 para que decida el Superintendente de Cajas de Ahorro, confiere en ese mismo artículo tanto al denunciante como al infractor el derecho a recurrir en el lapso de tres días hábiles, por ante el Ministerio de Finanzas, para que éste decida en un lapso de quince días hábiles. Pareciera que el precepto no hace más que configurar una hipótesis de silencio administrativo negativo, que evaluada en el ámbito de la seguridad jurídica luce favorable a los intereses de los administrados, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una mera opción, pues una vez eliminado el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad de los recursos contencioso administrativos, el interesado puede perfectamente una vez vencido el lapso para decidir por el Superintendente de Cajas de Ahorro, hacer uso igualmente del silencio administrativo, e intentar el recurso directamente por ante los Tribunales contencioso administrativos, sin necesidad de recurrir por ante el Ministro de Finanzas.

4.5.4.3.3. **La impugnación de la decisión sancionatoria**. Once de las leyes de la muestra contienen disposiciones que establecen la impugnabilidad de los actos sancionatorios, adecuándose así a la doctrina imperante en Venezuela desde hace bastante tiempo, sobre la impugnabilidad de todo acto emanado del Poder Público. La diferencia en esas disposiciones radica en que algunas de ellas obligan a recurrir en sede administrativa, otras confieren el derecho al sancionado a optar entre el recurso administrativo y el recurso contencioso, y otras establecen únicamente la vía judicial. Entre las que exigen el ejercicio de los recursos administrativos, están la LCAFA (art. 123), la LPCU (art. 151), y la LRPN (art. 94). Entre las que estatuyen el ejercicio opcional de los recursos administrativos o contenciosos, están la LOCGRSNCF (art. 108), la LTTT (art. 144), la LOICPC (art. 90), la LOTUR (art. 95, num. 5) y la LCC (art. 36); y entre las que remiten directamente a los Tribunales contencioso administrativos figuran la LFPE (art. 74), la LEFP (art. 92).

Ni la LOPC ni LZC regulan expresamente la impugnabilidad de las decisiones sancionatorias; sin embargo, conforme a la doctrina antes enunciada, es obvio que dichas decisiones son susceptibles de impugnación en sede administrativa y en sede jurisdiccional. Quizás el mayor problema se presente con el acto emanado del Consejo Moral Republicano, mediante el cual califica de grave una falta cometida por un magistrado del Tribunal Supremo (art. 34 LOPC), pues ese acto no constituye la culminación del procedimiento sancionatorio, debido a que más bien parece un trámite en el procedimiento sancionatorio *ad hoc,* que culmina con la decisión de la Asamblea Nacional, que bien puede ser sancionatoria o absolutoria.

Pese a ser una especie de acto de trámite, el dictado por el Consejo Moral Republicano, no cabe ninguna duda que es susceptible de ser impugnado jurisdiccionalmente, cuando por ejemplo se impida al magistrado presentar su escrito de descargo, o que promueva o produzca pruebas, caso en el cual la calificación de la falta estará viciada de indefensión, y sin necesidad de esperar la decisión de la Asamblea Nacional podrá ser impugnado por el interesado. Y por supuesto, que el acto sancionatorio definitivo emanado del Parlamento, a pesar de que tiene una carga política, también resulta susceptible de ser impugnado.

Por último, debemos advertir que todas las regulaciones sobre impugnación de los actos sancionatorios antes indicadas, se reducen básicamente en la actualidad a otorgarle al ciudadano sancionado el derecho a optar entre interponer el recurso en sede administrativa o en sede jurisdiccional, con la particularidad de que si opta por la vía administrativa, entonces debe agotarla integralmente (ejercicios de reconsideración y jerárquico, si fuere el caso), para poder acceder válidamente a la vía jurisdiccional, tal como lo preceptúa, por cierto, el artículo 144 de la LTTT.

Por supuesto, que cuando la norma establece que el acto sancionatorio agota la vía administrativa, tal opción desaparece, en virtud de que el interesado estará obligado a interponer el recurso contencioso administrativo. También la opción puede desaparecer cuando, sin que una norma disponga expresamente que la decisión agota la vía administrativa, ésta provenga de la máxima autoridad del órgano o ente, porque de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia nacional ese acto por emanar de la indicada autoridad, agota la vía administrativa; no obstante, también la doctrina y la jurisprudencia han admitido que en esa hipótesis el interesado pueda interponer el recurso de reconsideración contemplado en LOPA, o

sencillamente recurrir por ante el órgano jurisdiccional competente. Así, aparece regulado por cierto en el citado artículo 107 de la LOCGRSNCF.

Cabe señalar finalmente, que la contextualización de las normas sobre impugnabilidad de los actos sancionatorios, antes identificadas, en el marco de la doctrina jurisprudencial vigente, sobre todo a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2004, conduce a concluir que las mismas consagran un derecho muy amplio, que se concreta en la mayoría de los casos, en dejar en manos de los interesados la opción de recurrir en sede administrativa o en sede jurisdiccional. Quizás convenga señalar que la aludida doctrina jurisprudencial es reciente, pues hasta el mes de agosto de 2004 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia se aferraba a la tesis del agotamiento de la vía administrativa, para poder interponer los recursos contencioso administrativos (requisito de admisibilidad).

Fue en el mes de agosto del referido año, en una sentencia por demás lacónica, basándose en el silencio de la LOTSJ, la cual no incluyó entre los requisitos de admisibilidad al aludido agotamiento, que esa Sala declaró además de manera indirecta, que no se requería el cumplimiento de esa exigencia que aparecía estatuida en la LOCSJ derogada, para la admisión de los recursos contencioso administrativos; de allí pues, que todas las normas examinadas, salvo aquellas que imponen la obligación de ejercer el recurso jurisdiccional, conduzcan al ejercicio opcional de los recursos administrativos o los recursos contencioso administrativos.

4.5.5. **Las medidas cautelares en el procedimiento sancionatorio**.

4.5.5.1. **Las leyes que establecen medidas cautelares, como un trámite del procedimiento sancionatorio**. Debemos comenzar reiterando nuestra posición acerca de que las medidas cautelares o provisionales contempladas en un procedimiento sancionatorio clásico, es decir, aquel en el cual sólo intervienen la Administración en ejercicio de su potestad sancionatoria y los inculpados o interesados, representan una clara expresión de una potestad de la Administración, y nunca un derecho de los administrados, razón por la cual su regulación, en primer lugar, debe estar revestida de la mayor claridad y precisión posible; en segundo lugar, debe estar ajustada a los lineamientos conceptuales elaborados por la doctrina, ya examinados en la primera parte de este capítulo, para contornear la singularidad de dicha potestad ;y en tercer lugar, debe estar presidida por la idea de reflejar al máximo el carácter restrictivo de la referida potestad cautelar.

Ahora bien, del examen de las trece leyes que integran la muestra es posible inferir una tendencia creciente a otorgar a la Administración la potestad de dictar medidas cautelares, provisionales o preventivas, ya que en los referidos textos legislativos se utilizan esas tres denominaciones, además de las "**medidas provisionalísimas**", o **"cautelares con carácter provisionalísimo**", estas últimas de reciente factura jurisprudencial nacional, en el ámbito básicamente contencioso administrativo, las cuales ni siquiera encuentran fundamentación en el Código de Procedimiento Civil, mucho menos en una Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aún inexistente. La referida tendencia resulta de que el sesenta y cuatro por ciento (64%) de las leyes autorizan a la Administración para dictar medidas cautelares, y sólo dos leyes, que representan el quince por ciento (15%) de la muestra, prevén las medidas cautelares provisionalísimas. Las medidas cautelares están previstas en las siguientes leyes: LCAFA (art. 118), LPCU (art. 167), LOCGRSNCF (art. 112), LEFP (art. 90), LOT (art. 182), LRESORTE (art. 33), LZC (art. 40), LOTUR (art. 96) y LOICPC (art. 73).

4.5.5.2. **Requisitos de procedencia**. Ocho de esas nueve leyes establecen requisitos de procedencia de las medidas cautelares, con la particularidad de que casi todas se distancian bastante de los requisitos elaborados por la doctrina, es decir, del marco teórico que en todos los ordenamientos sirve de soporte a la procedencia de este tipo de medidas. Sólo para dar una idea de la indicada distancia, sin entrar al examen correspondiente, porque excede a los objetivos de este trabajo, nos limitamos a resumirlos.

Así, el artículo 167 de la LPCU contempla la adopción de medidas cautelares por el INDECU, pero fuera del procedimiento sancionatorio. Esta facultad la ejerce el mencionado ente sólo cuando actúa como órgano auxiliar del Ministerio Público, y de conformidad con el citado dispositivo, en ese rol está facultado para dictar cualquier tipo de medida cautelar, y a título de ejemplo alude al "cierre de un establecimiento comercial". Observamos que sin existir una investigación abierta por el Ministerio Público, el INDECU decide de oficio dictar ese tipo de medidas, y después realiza la correspondiente notificación al mencionado órgano que ejerce monopólicamente la acción penal. Sin dudas que luce poco ortodoxa esa "auxiliariedad", máxime si se tiene en cuenta la finalidad perseguida con la adopción de las medidas, que según la Ley es "para impedir la pérdida, sustracción, modificación o alteración de elementos probatorios del presunto hecho delictivo", razón por la cual nos preguntamos ¿Acaso esa situación no se puede reflejar en un acta, dotada de la presunción de legitimidad, o acaso no se pueden decomisar los elementos probatorios?

Independiente de la forma de "auxiliar" al Ministerio Público, como de la finalidad perseguida con la adopción de estas medidas, que casi siempre consisten en el cierre de establecimientos comerciales y servicios, lo cierto es que están distanciadas de todo el marco conceptual que le sirve de sustrato tanto en el procedimiento sancionatorio administrativo, como en el civil, a las medidas cautelares, provisionales o preventivas, en virtud de que su procedencia no está sujeta a la constatación de ninguno de los requisitos derivados de dicho marco doctrinario (*fumus boni iuris*, *periculum in mora*, tipicidad, proporcionalidad, etc.), pues simplemente basta invocar la condición de auxiliar del Ministerio Público, sin que medie ninguna investigación penal, para que se configure la procedencia *ope legis* de las medidas cautelares, reducidas básicamente al cierre de establecimientos comerciales, y por tanto, muy lesivas de la libertad económica. En fin, reconocemos que surgen muchas dudas sobre la naturaleza de estas medidas, dictadas por un órgano administrativo, como auxiliar del Ministerio Público, en una investigación todavía no iniciada.

Para la procedencia de las medidas cautelares previstas en el artículo 40 de la LZC, el único y extraño requisito que exigen es "la flagrancia", esto es, que la Administración encuentre al administrado realizando actividades contrarias a dicho texto legislativo. Es obvia la distancia de este extraño requisito de los usuales señalados por la doctrina procesal y administrativa, pues resulta sumamente difícil admitir la flagrancia en una relación jurídico administrativa, pues de todos es bien conocido que esta es una figura clásica del derecho penal, que requiere para su configuración que se encuentre a la persona cometiendo **un delito**, y por supuesto la contrariedad a ese texto legislativo, salvo disposición expresa en contrario, sólo puede dar lugar a la perpetración de una **infracción administrativa**; de allí que erigir a la flagrancia en el único supuesto de procedencia de una medida cautelar administrativa –reiteramos– parece a todas luces un ostensible error del legislador.

El artículo 73 de la LOICPC erige en requisito de procedencia de la medida cautelar, la naturaleza de la falta disciplinaria cometida por el funcionario policial, de tal manera que basta que cometa alguna de las tres infracciones mencionadas en dicho texto legislativo, para que *"ope legis",* la Administración dicte la medida, razón por la cual también es obvia la indicada distancia del aludido marco doctrinario. El artículo 90 de la LEFP erige en único requisito de procedencia de la medida cautelar de suspensión de un funcionario público hasta por sesenta días, a la "conveniencia" para la

realización de una investigación administrativa que, desde luego, no es otra que la tramitada mediante el procedimiento disciplinario. Por supuesto, que también esa disposición se distancia de los requisitos clásicos de procedencia de las medidas bajo examen.

Únicamente la LOT (art. 182) y la LRESORTE (art. 33) exigen la constatación del *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho), aparejándolo a la ponderación de los intereses entre los perjuicios graves que podrían sufrir los operadores y usuarios afectados por la conducta del infractor, con los perjuicios que podría causar a éste la adopción de la medida. Estos requisitos se aproximan bastante al indicado marco teórico, porque la denominada "ponderación de intereses", pudiera vincularse a la inutilidad de la ejecución de la sanción, debido a la duración del procedimiento, que no es más que una concreción del *periculum in mora*.

La LOTUR otorga la potestad de dictar medidas cautelares a la Administración, sin señalar ningún requisito para su procedencia, y la LOCGRSNCF condiciona la procedencia de las medidas cautelares a que la Administración constate la existencia de un riesgo manifiesto de daño al patrimonio público, o que quede ilusoria la ejecución de la decisión, de tal manera que conforme al artículo 112 de la aludida Ley, basta con que se compruebe la configuración de uno de los dos para que proceda la adopción de la medida, contrariando la tendencia doctrinaria y conceptual que se orienta por la exigencia de la concurrencia de todos los requisitos previstos legalmente.

En fin, del análisis de las indicadas leyes queda claro el distanciamiento de la mayoría de ellas del marco teórico y legislativo que sirve de soporte al establecimiento de los requisitos que condicionan la procedencia de las medidas cautelares.

4.5.5.3. **La nominalidad o tipicidad de las medidas cautelares**. En cuanto al requisito de la nominalidad o tipicidad de esta clase de medidas, que resulta clave en la regulación de las medidas cautelares en sede administrativa, en la cual están proscritas las innominadas, observamos que el mismo aparece recogido en la LOT (art. 183), en la LRESORTE (art. 33), en la LCAFA (art. 117), en la LOTUR (art. 96), en la LOICPC (art. 73), y en la LEFP (art. 90). No aparecen tipificadas en la LOCGRSNCF, pese a que en su artículo 113 estatuye en forma categórica que las "medidas preventivas **deberán estar expresamente previstas**". De modo, pues, que debido a una inadvertencia del legislador no

se especifican las medidas cautelares, y como la indicada norma condiciona su adopción al cumplimiento de ese requisito, todo apunta a que la Contraloría General de la República estará impedida de acordar medidas preventivas, como las denomina el respectivo texto legislativo.

La LZC en su artículo 40 tampoco tipifica las medidas cautelares, pues únicamente se limita a señalar que la Administración podrá dictar "las medidas preventivas administrativas prudenciales para evitar que se produzca algún daño", y la LPCU, en su artículo 167 autoriza al INDECU, actuando como auxiliar del Ministerio Público para que adopte cualquier medida provisional o cautelar, y ejemplifica con el cierre de establecimientos comerciales, es decir, que la única tipificada es el indicado cierre.

4.5.5.4. **El trámite de la oposición**. Ha de advertirse que como las medidas cautelares, debido a su naturaleza y finalidad son acordadas en sede jurisdiccional "inaudita parte", vale decir, atendiendo el requerimiento de sólo una de las partes, sobre la base de la constatación concurrente de los requisitos de procedencia; de allí la señalada importancia de éstos. Sin embargo, con la finalidad de asegurar el derecho a la defensa de la otra parte, las leyes adjetivas crean la figura de la **oposición**, mediante la cual la parte afectada por la medida formula todos los alegatos y presenta las pruebas correspondientes, para tratar de desvirtuar básicamente la presunción de fundamentación legal de la demanda o el recurso, y el peligro de que la duración del proceso torne ilusoria la ejecución de la eventual sentencia favorable a quien solicita la medida. Basta con que demuestre la falta de configuración de uno de esos dos elementos, para que la oposición resulte favorable; y en consecuencia, sea "levantada" o revocada la medida.

Pues bien, esa figura no sólo justificable y justificada para la protección del derecho a la defensa de los litigantes, en vista de que la decisión es adoptada inaudita parte, sino también para intentar corregir los efectos de la medida en el tiempo, desde luego si procede la oposición, dado la larga duración de los procesos judiciales, ha sido trasplantada a algunos procedimientos sancionatorios en Venezuela. Así, la LOT (art. 184) y la LRESORTE (art. 33), las cuales delinean a tal fin un miniprocedimiento que se integra a la estructura del procedimiento sancionatorio, que en la primera ley se desagrega en los siguientes trámites: formulación de la oposición (5 días hábiles), articulación probatoria (8 días hábiles) y decisión (3 días hábiles), y en la segunda los trámites procedimentales son los mismos, con la diferencia que se reduce el plazo de pruebas a cinco días, pero se extiende el término para decidir a ocho días hábiles.

Ninguna de las otras leyes integrantes de la muestra contemplan la figura de la oposición; por tanto, cabría preguntarse si ante esa omisión el interesado tendría derecho a formularla. La respuesta, en nuestro criterio, debería ser positiva, porque todo procedimiento destinado a esclarecer hechos y a determinar responsabilidades, independientemente de su naturaleza, debe estar sustentado en el principio de permitir a las partes o interesados, siempre en términos de igualdad, el ejercicio pleno del derecho a la defensa, y por supuesto que cuando en el curso del procedimiento sancionatorio, la Administración adopta una medida cautelar, la única forma de que el interesado o inculpado pueda enfrentarla con la finalidad de lograr que sea levantada o revocada, es mediante la oposición, que insistimos es una clara expresión del derecho a la defensa.

En fin, la consagración del derecho a oponerse a las medidas cautelares dictadas por la Administración en un procedimiento sancionatorio, en la LOT y en la LRESORTE, abre un camino con los bemoles propios del rol de "juez y parte" de la Administración, que seguramente se acentúa cuando ejerce la potestad cautelar, para que los interesados afectados por este tipo de medidas, sobre la base de la aplicación analógica de cualquiera de esos dispositivos, e invocando los derechos a la defensa y a la igualdad, interpongan el correspondiente escrito de oposición, y la Administración estará obligada a tramitarlo, so pena de violación de los referidos derechos, lo que habilitaría al interesado, en esa hipótesis, para ejercer una acción de amparo constitucional.

Por otro lado, aparte de la revocatoria que puede tener su origen en la estimación de la oposición, las medidas cautelares cesan cuando concluye el procedimiento, bien porque la decisión sea absolutoria, de sobreseimiento o contentiva de un acto sancionatorio. Así, lo establece el artículo 90 de la LEFP, pero desde luego por ser una solución derivada de la misma lógica del procedimiento, resulta aplicable en cualquier caso, porque es una especie de consecuencia natural de la terminación del procedimiento sancionatorio por cualquiera de esos medios. No obstante, es importante advertir que la LCAFA en su artículo 121 agrega una novedosa causal de cese de las medidas, vinculada a la exigencia de la celeridad procedimental, que consiste en la terminación extemporánea del procedimiento, y aparece concebida así "...cesarán al dictarse la decisión que ponga fin al procedimiento o **transcurra el plazo para dictar la decisión definitiva sin que ésta se hubiese producido**". El artículo 184 de la LOT trae una disposición de este mismo tenor.

Distinta es la situación de la revocatoria en el curso del procedimiento sancionatorio, pues se trata de la decisión mediante la cual se pone fin a la medida cautelar, o se "levanta" en términos procesales, de oficio, e inclusive, en nuestro criterio, a instancia del interesado, cuando la Administración **"estime que sus efectos no se justifican**". Obsérvese que aunque el acto tiene el mismo efecto de la estimación de la oposición formulada por el interesado, su fundamentación es totalmente distinta, en virtud de que se trata de una apreciación discrecional de la falta de justificación de la medida durante el curso del procedimiento, y no del reconocimiento de la falta de configuración de uno o varios de los requisitos de procedencia de la medida, como ocurre en el supuesto de la oposición. Solamente la LOT contempla la figura de la revocatoria de las medidas cautelares en su artículo 184; no obstante, pensamos que la disposición es aplicable analógicamente en cualquier caso en que la Administración esté facultada para ejercer la potestad cautelar, bien de oficio o a instancia de parte, porque el principio formal de imparcialidad que debe presidir sus actuaciones así lo impone.

4.5.5.5. **Las medidas cautelares provisionalísimas**. Las medidas cautelares provisionalísimas, son en esencia las mismas medidas cautelares, pero con la particularidad de que los ordenamientos adjetivos que las contemplan establecen que los órganos jurisdiccionales deben dictarlas antes del inicio del procedimiento, en casos de urgencia evidente. También son denominadas cautelares con el carácter de provisionalísimas, y han sido recibidas en el procedimiento administrativo general, y por ende, en su modalidad de procedimiento sancionatorio, cuando resulte estrictamente necesario. En ese orden de ideas, consideramos conveniente transcribir el artículo 72.2 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispositivo que fue incluido en la reforma de 1999, y prescribe:

"**Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley**. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro los quince días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda".

Conforme al marco teórico elaborado por la doctrina extranjera, por lo demás reflejado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, dos son las variables que caracterizan a las medidas cautelares provisionalísimas o medidas cautelares con carácter provisionalísimo, como las denominan las dos únicas leyes de la muestra que las contemplan, la LOT (art. 183, parágrafo único) y la LCAFA (art. 119), a saber: la oportunidad para dictarlas, que siempre debe ser antes de la iniciación del procedimiento, y la urgencia como supuesto de procedencia. Pues bien, en las dos leyes mencionadas, la primera de esas dos variables está ausente, debido a que sus citados artículos 183 y 119, disponen que deben ser dictadas en la oportunidad de iniciar el procedimiento sancionatorio, es decir, tienen que estar contenidas en el auto de apertura, dando lugar por ese motivo a una acepción totalmente distanciada del indicado marco doctrinario y legal.

En efecto, el adjetivo superlativo provisionalísimo indica un grado superior al adjetivo provisional, y deriva esa denominación precisamente de la oportunidad en que por vía excepcional la ley autoriza a la Administración para que dicte una medida provisional o cautelar, la cual está representada cronológicamente por una fecha anterior a la iniciación del procedimiento, de tal manera que debe ser acordada cuando el órgano competente todavía no sabe a ciencia cierta si decidirá abrir el procedimiento. En ese orden de ideas cabe insistir en que estructural y sustantivamente no existe ninguna diferencia entre la medida cautelar y la medida cautelar provisionalísima, ya que la distinción reposa precisamente en el momento cronológico de la adopción, pues la urgencia es un requisito de procedencia en el que de alguna manera está implicado en el *periculum in mora*, pero que en todo caso no resulta determinante en la diferenciación entre una y otra clase de medida cautelar. Más aún, ese requisito se limita a condicionar la adopción de la medida antes del inicio de procedimiento, pero es este último elemento el que convierte la provisional en provisionalísima, razón por la cual –insistimos– es el fundamental para diferenciar los referidos grados de provisionalidad.

Por consiguiente, atendiendo a razones lógicas elementales si la medida cautelar provisionalísima es dictada con el auto de apertura del procedimiento, es decir, en el momento de su iniciación, debe concluirse que la referida variable cronológica sobre la cual aparece articulado el concepto de medidas provisionalísimas resulta inexistente, y por supuesto carece de todo sentido otorgarle ese calificativo, ya que sencillamente se tratará de una medida cautelar ordinaria, o mejor dicho, provisional.

Esa es precisamente la situación descrita en el artículo 183 de la LOT, que enumera a las tres modalidades de medidas cautelares típicas que puede dictar CONATEL, al momento de iniciar el procedimiento (auto de apertura), pero denominándolas **provisionalísimas**, únicamente debido a que por disposición del mencionado precepto, el órgano administrativo no requiere examinar los requisitos de procedencia de las medidas cautelares. La situación regulada por la LCAFA es peor aún para la seguridad jurídica y para los administrados, porque las medidas cautelares no aparecen tipificadas, y en consecuencia se tratarían de innominadas (todas las posibles), cuya conversión en provisionalísimas depende igualmente de que la autoridad administrativa se abstiene de examinar los requisitos de procedencia. Por supuesto en ambos casos deben invocarse razones de urgencia.

Observamos que las razones de urgencia que en el marco de la concepción de las medidas cautelares provisionalísimas justifican su adopción antes de que se inicie el procedimiento, en la hipótesis regulada en las leyes bajo examen pierde toda su justificación, debido a que son acordadas con el inicio del procedimiento (auto de apertura), de tal manera que la urgencia implicada en la referida concepción elaborada por la doctrina, desaparece totalmente en la tesis recogida en los dispositivos de la LOT y de la LCAFA. Más aún, como señalamos antes, de alguna manera esa urgencia forma parte de los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, especialmente del *periculum in mora*, porque éste se configura cuando la duración del procedimiento torna ilusoria la ejecución de la decisión que se dicte (ineficacia o inutilidad de la ejecución), luego, de esa manera se configura una situación de urgencia.

De allí que pareciera que el objetivo perseguido con el establecimiento de las medidas provisionalísimas en los respectivos procedimientos sancionatorios, fuera facilitar a la Administración la adopción de las medidas cautelares provisionalísimas, sustrayéndola de la obligación de examinar y demostrar la configuración de sus requisitos de procedencia, que recordamos son la apariencia del buen derecho, y la ponderación que debe realizar la Administración de los intereses colectivos (Administración) e individuales (presunto infractor), en juego, exigidos en ambas leyes. Por consiguiente, la coherencia y sistemática de la misma Ley, pero sobre todo el deber de preservar los principios de igualdad e imparcialidad imponía, en nuestro criterio, consagrar únicamente a las medidas cautelares o provisionales, y excluir a las provisionalísimas.

Sin dudas que la elusión del examen de los requisitos de procedencia, tal como aparece autorizada en los citados esquemas normativos, atenta contra el principio de imparcialidad que debe regir en el curso del procedimiento sancionatorio, en virtud de que la conversión de las medidas provisionales en provisionalísimas, basada en la exención del indicado deber, inclina la balanza hacia la Administración, sobre todo en una materia tan sensible como la sancionatoria, ya que a diferencia de las provisionales o cautelares, en el caso de las provisionalísimas o cautelares con el carácter de provisionalísimas, no está previsto un procedimiento para que el interesado se **oponga a ellas**, debido que en un plazo de quince días hábiles (LOT) o de cinco días hábiles (LCAFA), la Administración debe pronunciarse sobre su confirmación, modificación o revocación, para lo cual deberá limitarse a constatar la requisitos de procedencia antes señalados (*fumus boni iuris* y ponderación de los intereses en juego), es decir, a volver a realizar la actividad de comprobación de la apariencia del buen derecho, razón por la cual, siendo éste el requisito fundamental, es muy probable, o casi seguro, que el pronunciamiento será confirmatorio, o en el mejor de los casos, modificatorio, porque si ese pronunciamiento proviene del mismo órgano que dictó el auto de apertura, del cual como, afirmamos y demostramos anteriormente, uno de sus elementos fundamentales es precisamente el *fumus boni iuris*, pareciera que no puede ser de otra manera.

En suma, la introducción de las medidas cautelares provisionalísimas en un procedimiento sancionatorio, en nuestro criterio, resulta sumamente discutible, porque implica admitir una especie de adelanto de la sanción cuando todavía no se sabe a ciencia cierta si el procedimiento será iniciado, pero su introducción en la forma en que aparece en la LOT y en la LCAFA, carece totalmente de sentido, por las razones antes expuestas, y tal vez obedezca al desconocimiento de los legisladores acerca del marco teórico elaborado por la doctrina sobre este especial tipo de medidas, o tal vez la idea de éstos fue ignorar conscientemente ese marco, con la finalidad de acrecentar cada vez más la potestad sancionatoria de la Administración Pública, y particularmente la ya excepcional potestad cautelar de ésta.

# Bibliografía

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES. **Leyes y Decretos de Venezuela**. **Tomos 1, 2 y 5**. Caracas, 1982.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. **Gaceta Constituyente (Diario de debates)** Caracas, 2000.

BELLO, HUMBERTO Y DORGI JIMÉNEZ. "Sanciones y arrestos como poder disciplinario del juez y sus responsabilidades en el ejercicio del cargo". En **Revista de Derecho 11 del Tribunal Supremo de Justicia**. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004.

BENVENUTI, FELICIANO. **"**Le sanzioni ammnistrative come mezzo del azzione ammnistrativa" En **Tai del XXV Convengo di Varenna del 1980**. Giuffré. Milano, 1982.

BOBBIO, NORBERTO. Voce "Sanzione". **Noviss. dig it. Volume XVI**. UTEH. Torino, 1969.

CABALLERO, JESÚS. **Los institutos Autónomos**. Fondo de Inversiones de Venezuela. Caracas, 1984.

CASSARINO, SEBASTIANO. **Manuale de Diritto Processuale Ammnistrativo**. Giuffré. Milano, 1990.

CASETTA, ELIO. **Manuale de Diritto Ammnistrativo**. Giufré. Milano, 2000.

CHAPUS, RENE. **Droit Administratif Général** Tome 1. Montchrestien. París, 2001.

CHIOSSONE, TULIO. **Sanciones en Derecho Administrativo**. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1973.

COSCULLUELA MONTANER, LUIS. **Manual de Derecho Administrativo**. Civitas. Madrid, 1993.

CRUZ VILLALÓN, PEDRO. "Derechos Fundamentales". En **Temas Básicos de Derecho Constitucional**. Tomo III. Civitas. Madrid, 2001.

D'AGOSTINO, FILORETO. **Manuale di Diritto Ammnistrativo**. Giuffré. Milano, 2000.

GALLI, ROCCO. **Corso de Diritto Ammnistrativo**. Cedam. Padova, 1995.

GARBERI LLOBREGAT, JOSE. **El Procedimiento Administrativo Sancionador**. Tirant lo Blanc. Valencia, 1998

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO Y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. **Curso de Derecho Administrativo II**. Civitas. Madrid, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. "El Problema Jurídico de las Sanciones Administrativas". **En REDA Nº 10.** julio-septiembre 1996. Civitas. Madrid, 1976.

GARCÍA TORRES, JESÚS Y JUAN REQUEJO. "Libertad y seguridad personales". En **Temas Básicos de Derecho Constitucional**. Tomo III. Civitas. Madrid, 2001.

GARRIDO FALLA, F. Y JOSÉ FERNÁNDEZ. **Régimen y Procedimiento de las Administraciones Públicas**. Civitas. Madrid, 1993.

GIANNINI, MASSIMO SEVERO. **Diritto Amministrativo**. Volumen secondo. Giuffré. Milano, 1970.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. **Manual de Procedimiento Administrativo**. Civitas. Madrid, 2000.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS FRANCISCO GONZÁLEZ Y OTROS. **Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero** . Civitas. Madrid, 2000.

IZU BELLOSO, MIGUEL. "Las Garantías del Procedimiento Administrativo Sancionador. Reflexiones sobre los órganos instructores". En el Libro **Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez**. Civitas. Madrid, 1993.

LANDI, GUIDO. "Disciplina". En **Enciclopedia del Diritto**. Giufrré. Milano, 1973.

LEGA, CARLO. **Le libere profesión Intellettuali**. Giuffré. Milano, 1974

MONTESQUIEU, CH. L de S. **El Espíritu de las Leyes**. Tecnos. Madrid, 1985.

MOLES CAUBET, ANTONIO. "Lecciones de Derecho Administrativo". **En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Nº 84**. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1992.

MOR, GIANFRANCO. **Le Sanzioni Disciplinari ed il Principio Nullum crimen sine Lege**. Giuffré. Milano, 1974.

MORBIDELLI, GIUSEPPE. "Il Procedimento Amministrativo". En **Diritto Ammnistrativo**. Monduzzi. Bologna, 1993.

NIETO, ALEJANDRO. **Derecho Administrativo Sancionador**. Tecnos. Madrid, 2000.

PARADA, RAMÓN. **Derecho Administrativo I**. Marcial Pons, Madrid, 1997.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. "La Actividad Administrativa Represiva y el Régimen de las Sanciones Administrativas en el Derecho Español". En el libro **Las formas de la Actividad Administrativa**. Funeda. Caracas, 1996.

PEÑA C., NÉLIDA. **La Responsabilidad Administrativa, en el marco del Sistema Nacional de Control Fiscal.** (Tesis doctoral inédita). Caracas, 2005.

ROJAS, JESÚS. **Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador como Limites de la Potestad Administrativa Sancionadora**. Ediciones Paredes. Caracas, 2004.

REBOLLO PUIG, MANUEL. "Medidas Provisionales en el Procedimiento Administrativo". En el Libro **Estudios en Homenaje al Profesor Jesús González Pérez**. Civitas. Madrid, 1993.

RONDÓN DE SANSÓ, HILDEGARD. "La Potestad Sancionatoria en el Derecho Venezolano". En el libro **Las formas de la Actividad Administrativa**. Funeda. Caracas, 1996.

ROSSINI. EMILIO. **Le Sanzioni Ammnistrative**. Giuffré. Milano, 1991.

SALINAS GONZÁLEZ, PEDRO. "El retorno a la suspensión de la ejecución de la sanción no firme y la necesidad de resolver sobre las peticiones de suspensión" . **En REDA Nº 92.** octubre diciembre 1996. Civitas. Madrid, 1996.

SANDULLI, MARÍA. **Le Sanzione Ammnistrative Pecuniaria**. Jovene. Napoli, 1983.

SANTAMARÍA PASTOR, JUAN. **Principios de Derecho Administrativo**. Volumen II. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1999.

SERRAO, FELICIANO. "Legge". En **Enciclopedia del Diritto**. Giuffré. Milano, 1973.

SOSA, CECILIA. "La Naturaleza de la Potestad Administrativa Sancionatoria". En el libro **Las formas de la Actividad Administrativa**. Funeda. Caracas, 1996.

TRAVI, ALDO. **Sanzioni Ammnistrative e Pubblica Ammnistrazione**. Cedam, Padova, 1983.

VIRGA, PRIETO. **Diritto Ammnistrativo. Attivitá e Prestazioni 4**. Giuffré. Milano, 1996.